1943 • Heft 9 (Seite 257–320) 27. Februar 1943

# DEUTSCHES RECHT

Zentralorgan des NS.-Rechtswahrerbundes



Deutscher Rechtsverlag G. m. b. H. • Berlin W 35 • Leipzig C 1 • Wien I

Postversandort Leipzig

## Inhaltsverzeichnis

### Aufsätze



### Rechtspolitik und Praxis



### Mitteilungen des NS.-Rechtswahrerbundes



### Für den Rechtswahrer im Kriegseinsatz



### Schrifttum



### Rechtsprechung

#### Strafrecht



#### Zivilrecht



**Was ist Vergeudung?**

Wenn man mit zu feuchter Zahnbürste über das „Rosodont"-Stück streicht. Dadurch löst sich zu viel von dem kostbaren Stoff, der nutzlos über den Dosenrand träufelt. „Rosodont" ist im Verbrauch infolge der festen Form sehr sparsam!

A·H·A·BERGMANN WALDHEIM (SA.)

**Rosodont**

Bergmanns feste ZAHNPASTA

*„Wer*
*nie war krank,*
*weiß kaum*
*für*
*sein' Gesundheit*
*Dank."*




ARZNEIMITTEL






§ 41 WZG.; § 1 UnlWG. Zur Frage der Verwechslungsgefahr zwischen dem bekannten „Bayer-Kreuz“ und einem Zeichen, das in seinem in die Augen fallenden Teil zwar ebenfalls aus einem von einem Kreis umgebenen, in Kreuzform geschriebenen Worte besteht, dessen Wortteil aber keine Ähnlichkeit mit dem Namen „Bayer“ aufweist. RG.: DR. 1943, 306 Nr. 17

§§ 1, 3 UnlWG.; §§ 24, 25 WZG.; §§ 823, 826 BGB. „Pigodent“ ist nicht verwechselbar mit „Kukident“. Die Schlußsilbe „dent“ ist ein Hinweis auf den Bestimmungszweck der angepriesenen Mittel, also eine Eigenschaftsangabe, nicht aber ein Hinweis auf eine bestimmte Hersteller- oder Verkaufsfirma. RG.: DR. 1943, 310 Nr. 18

**§ 4 Abs. 1 der 1. DurchfVO. über die Einführung der Reichsmarkwährung im Gebiete der Freien Stadt Danzig v. 7. Sept. 1939 (RGBl. I, 1691); § 2 VO.** über die Währungsumstellung von Schuldverhältnissen in den in das Deutsche Reich eingegliederten Ostgebieten usw. v. 14. Juni 1940 (RGBl. I, 1527). Hängt bei der Umstellung einer auf Danziger Gulden lautenden Forderung in Reichsmark die Anwendung des höheren Umrechnungssatzes von 70 Rpf. für 1 Gulden von der Inländereigenschaft des Gläubigers ab, so ist, wenn der Vorteil daraus nicht dem inländischen Gläubiger, sondern ausländischen Berechtigten zugute kommen würde, der für ausländische Gläubiger zuständige geringere Umrechnungssatz maßgebend. Das gilt insbesondere, wenn die Guldenforderung von einem Ausländer an einen Inländer zur Sicherheit abgetreten ist und die gesicherten Ansprüche bereits bei Anwendung des geringeren Umrechnungssatzes voll gedeckt sind. RG.: DR. 1943, 310 Nr. 19

**§ 1—3 Ges. über die Haftpflicht der Eisen- und Straßenbahnen für Sachschaden vom 29. April 1940 (RGBl. I, 691).** Keine höhere Gewalt, wenn in einer mit zahlreichen Weidekoppeln besetzten Gegend Fohlen nachts aus der Weide ausbrechen und von einem Eisenbahnzuge erfaßt werden.

Zur Frage eigenen Verschuldens des Geschädigten. OLG. Breslau: DR. 1943, 312 Nr. 20

### Landesrecht

§ 8 PrEnteigG.; § 14 PrFluchtG. v. 2. Juli 1875. Bei Berechnung des „vollen Wertes“ i. S. von § 8 kann nicht etwa diejenige Berechnungsart, die den höchsten Wertbetrag ergibt, um deswillen allein maßgebend sein, wenn sie nicht gleichzeitig den Wert angibt, den das Grundstück bei höchstmöglicher Ausnutzung für den Eigentümer am Stichtag hatte. So kann der Bauwert eines Gebäudes in dem Zustand, in dem es sich am Stichtag befindet, zuzüglich des Wertes von Grund und Boden an diesem Tag („Zustandsbau- und Bodenwert“) in aller Regel nicht als „voller Wert“ angesehen werden. Er kann aber als „stabilisierender Faktor“ bei der Wertermittlung nach anderen Berechnungsarten (Verkaufs-Tauschwert, Ertragswert) mitberücksichtigt werden. RG.: DR. 1943, 312 Nr. 21

PrALR. II, 6 §§ 22 ff. Die Bestimmungen der §§ 22 ff. über die Gesellschaften bzw. Korporationen betreffen in erster Linie deren innere Verfassung, sie stellen Befehle bzw. Verbote an die Korporationen selbst bzw. an deren Aufsichtsbehörden dar; dagegen befassen sie sich nicht mit der durch § 82 geregelten Rechtsstellung der Gesellschaft (Korp.) zu Dritten. RG.: DR. 1943, 314 Nr. 22

### Recht der Alpen- und Donaugaue

§ 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB. Zur Ausbeutung gehört, daß sich der Handelnde des Mißverständnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bewußt ist. RG.: DR. 1943, 314 Nr. 23

§ 934 ABGB. Kunstwerke alter Meister können nach Lage des einzelnen Falles einen gemeinen Wert haben, worüber Sachverständige zu hören sind. RG.: DR. 1943, 315 Nr. 24

§ 1480 ABGB. Vereinbarte gleiche Teilrückzahlungen des Kapitals sind keine Annuitäten i. S. des § 1480, selbst wenn sie zur selben Zeit wie die Zinsen fällig sind. RG.: DR. 1943, 316 Nr. 25

Art. II § 2 Öst. Goldklauselgesetz vom 27. April 1937 (RGBl. Nr. 130). Goldklauseln in der Slowakei sind gültig, dagegen in Ungarn und in Rumänien ungültig. RG.: DR. 1943, 316 Nr. 26

### Reichsarbeitsgericht

§ 242 BGB.; § 2 ArbOG.; § 6 TarO. für das Baugewerbe im Deutschen Reich vom 26. Nov. 1936. Verlegt ein Gefolgschaftsmitglied den Wohnsitz, den es bei Abschluß des Beschäftigungsverhältnisses hatte, und vergrößert sich dadurch die Entfernung zwischen dem Wohnsitz und einer auswärtigen Baustelle, auf der das Gefolgschaftsmitglied beschäftigt ist, so erhöht sich das ihm tarifmäßig zustehende Wegegeld auch dann nicht, wenn die TarO. lediglich auf die Entfernung zwischen Arbeitsstelle und Wohnsitz abstellt. RArbG.: DR. 1943, 316 Nr. 27

§ 2 ArbOG.; § 286 ZPO. Wo im Baugewerbe ein Kleiderwechsel der Arbeiter üblich ist, bildet die Fürsorge des Unternehmers für die an der Arbeitsstelle abgelegten Sachen eine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis. RArbG.: DR. 1943, 317 Nr. 28 (Loschke)

**§ 2 Ges. zur Ordnung der Arbeit in öffentl. Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934 (RGBl. I, 220); § 826 BGB.;** § 3 TarO. A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst v. 1. April 1938 (RArbBl. VI, 475). Die Einstufung eines Gefolgschaftsmitgliedes in eine der verschiedenen Vergütungsgruppen der TarO. A liegt grundsätzlich ausschließlich im pflichtmäßigen Ermessen der zuständigen Stelle des Betriebes. Ersatzansprüche wegen unzureichender Einstufung können nur darauf gestützt werden, daß sich diese Stelle eines großen Ermessensmißbrauches und damit einer unerlaubten Handlung oder einer Verletzung ihrer Fürsorgepflicht schuldig gemacht habe. RArbG.: DR. 1943, 319 Nr. 29

**§ 3 VO. v. 19. Dez. 1939 (RGBl. I, 2452).** Gebühren eines Rechtsanwalts des Altreichs für die Vertretung in einer Arbeitsstreitigkeit aus den in der VO. genannten Gebieten. RArbG.: DR. 1943, 320 Nr. 30

**§ 39 Tschechosl. SozialversG.** Anspruch auf Abfertigung. RArbG.: DR. 1943, 320 Nr. 31

### Reichsverwaltungsgericht

**§ 4 Abs. 1 und 4 KSSchVO.** Unkosten des Geschädigten für die eigene Überwachung der durch Dritte vorgenommenen Schadenbeseitigung sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig. RVG. (RKA.): DR. 1943, 320 Nr. 32

SEIT 35 JAHREN



**DARMOL-WERK**
**Dr. A. & L. SCHMIDGALL**
CHEM. PHARM. FABRIK WIEN

## Europa

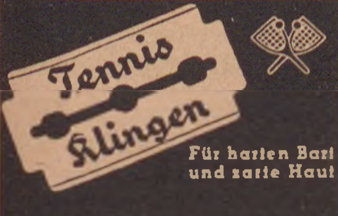
Schöne länderweise Auswahlen gegen Referenzen. Auch an Vereine, soweit Vorrat.
**Erich Boden**, Postfach 45, **Braunschweig.**

*„Krewel"*




*Garant guter Arznei-Präparate*
— seit 1893 —

Chem. Fabrik
*Krewel-Leuffen* G. m. b. H.
Köln




Für harten Bart und zarte Haut

Merk' Dir heut' vor allen Dingen,
Sparen mußt Du mit Tennis-Klingen




## CARBOPLAN
*Kohlepapier*

Mit heller Rückseite!
Kein verkehrtes Einlegen!
Viele klare Durchschläge!
Sauber und handlich!

*Ankauf,*




*Beratung,*
*Schätzung und Verwertung von Nachlässen*

## Edgar Mohrmann

Briefmarkenfachgeschäft und vereidigter und öffentlich bestellter Briefmarken-Versteigerer

**Hamburg 1, Speersort 6**
Telegramm-Adresse Edmoro - Tel. 33 40 83/84

*Das muß ja Glück bringen!*



Die Staatl. Lotterie-Einnahme Lederer-Leipzig besteht jetzt 50 Jahre. Ein Jubiläum seltener Art, ein gutes Vorzeichen für alle, die zur 9. Deutschen Reichslotterie mitspielen!

**Sichern Sie sich deshalb heute schon Ihr Los!**

**Ziehung 1. Kl. 16. April 1943.**

Staatliche Lotterie-Einnahme




**Lederer**
**Leipzig C 1**
Wintergartenstr. 4 (Hauptbhf.)

Ausschneiden - ausfüllen - einsenden!

**Bestellschein**

......Achtel zu 3.— RM. je Klasse
......Viertel zu 6.— RM. je Klasse
......Halbe zu 12.— RM. je Klasse
......Ganze zu 24.— RM. je Klasse

Name: ..........................................
Wohnort: ..........................................
Straße: ..........................................

48




**Gliederschmerzen, Rheuma, Ischias,**

massieren Sie schnell fort mit „Rheumaweg". Fragen Sie Ihren Arzt, er wird Rheumaweg gern verordnen, weil es hilft. Erhältlich in Apotheken, wo auch das bewährte Fußkraftmittel „Rewal" gegen Ermüdung, kalte Füße und alle Fußübel erhältlich ist. Achten Sie darauf, daß jede Flasche den Namen **Schmittner** trägt.

## Amtstrachten

für **Juristen** u. **Justizbeamte** nach den **neuen Vorschriften**
— **Hoheitszeichen** —
empfiehlt zu billigen Preisen.
**Muster u. Preise kostenlos.**
**Teilzahlung gestattet.**

**H. BECK**
**BERLIN SO 36**
**Dresdener Str. 127**
(U - Bahn Kottbusser Tor).
Fernruf: 61 33 91.

## Detektei Rex
**Altes Weltinstitut**

Ermittlungsbüro. Jede Vertrauenssache, Beobachtung, Auskunft.
**Berlin W 35,** Potsdamer Str. 129 (Bülowbahnhof). Fernspr. 27 04 43
Handelsger. eingetr. Gegründ. 1906

# F. W. BORCHARDT

WEINHAUS UND HANDELS-GESELLSCHAFT M.B.H.
(VORMALS KEMPINSKI)

*Das Haus der Kenner!*

BERLIN



# DEUTSCHES RECHT

**Zentralorgan des NS.-Rechtswahrerbundes**

Heft 9 — 13. Jahrgang — 27. Februar 1943


## Vermeidet Rechtsstreit! Haltet Rechtsfrieden!

Im dritten Jahre des ersten Weltkrieges, als die Bedrängnisse eines Weltkampfes zum ersten Male fühlbar an Staat und Volk herantraten, kapitulierte ein Parlament, in dem Feige und Verräter die Mehrheit gewonnen hatten, innerlich vor der Größe der Aufgabe und gab in der Friedensresolution Jahre vor dem Zerfall den Sieg leichtfertig preis.

Im vierten Jahre des zweiten Weltkrieges, da die Geschichte ein zweites Mal unerbittlich die Bewährung von Volk und Führung vor dem Schicksal fordert, schart sich das Volk um seinen Führer, schließt sich zum einheitlichen Block äußersten Widerstandes zusammen und trotzt in letzter Entschlossenheit den Mächten der Vernichtung.

Wenn damals die Friedensresolution ein Triumph des Feindes war und ein Zeichen schleichenden Zerfalls, so ist heute die Kundgebung des entschlossensten Siegeswillens und der Zusammenfassung aller Kräfte ein Triumph der deutschen Stärke und die sicherste Gewähr des Sieges.

In diesem Kampf für Leben und Freiheit der Nation, für das Reich als Kern eines geeinten Europa und für das Recht der abendländischen Völker auf Entfaltung ihrer Eigenart und ihrer Kultur hat der deutsche Rechtswahrer seinen Standort bezogen: Richter und Anwälte, die Männer der Verwaltung und der Wirtschaft, sie stehen mit ihren Kameraden in den Schneefeldern des Ostens, vor Murmansk oder unter der Sonne Tunesiens und kämpfen dort nicht schlechter für das Recht, als sie es bisher mit Geist und Feder taten. Im Einsatz in den eingegliederten und besetzten Gebieten arbeiten sie mit am Aufbau der neuen Verwaltungen und Industrien und helfen die Kraftquellen der Länder deutschen Machtbereiches für den Kriegseinsatz nutzen. In Wehrmachtverwaltung und Wehrmachtgerichtsbarkeit fanden sie ein gerade ihren besonderen Fähigkeiten angepaßtes wichtiges Arbeitsfeld. Das Leben in der Heimat schließlich fügt sich ohne Reibung ihrer ordnenden Hand.

Der neue Aufruf aber fordert neue Prüfung: Manches, was aus der Gewohnheit des Friedens wünschenswert oder gar unentbehrlich erschien, wird der Notwendigkeit eiserner Kräftekonzentration weichen müssen. Der Krieg lehrte uns bereits, daß dort, wo bisher drei Richter entschieden, der Spruch eines Richters genügen mag; daß da, wo Rechtsmittel gegeben waren, der Streit auch durch e i n e endgültige Entscheidung bereinigt werden kann. Die Mobilisierung aller Kräfte für den unmittelbaren Kriegseinsatz wird zu einer neuen Straffung führen: Dort, wo noch mehrere Gerichte bestanden, wird vielleicht eines genügen. Die endgültige Entscheidung des Einzelrichters wird noch mehr in den Vordergrund rücken. Manches Beiwerk und manche formalen Umständlichkeiten werden ganz verschwinden. Die Hilfsmittel der Arbeit, Bücher und Zeitschriften, werden spärlicher werden. Die teilweise übersetzte und überdifferenzierte Verwaltung in Staat und Wirtschaft, das Übermaß an Reglementierung wird durch den Zwang der Verhältnisse einer elastischeren und freien Gestaltung weichen und sich damit dem Verwaltungsaufbau annähern, der dem Reich als dem Kern eines Großraumes allein angemessen ist.

Eines aber ist auch hier nicht entbehrlich: die willige und verständnisvolle Einordnung jedes Volksgenossen. Niemals so klar und eindringlich wie heute heißt die Mahnung für Rechtswahrer und Volksgenossen:

Vermeidet Rechtsstreit! Haltet Rechtsfrieden!

Nicht jeder Streit muß im vierten Kriegsjahr ausgetragen werden, nicht jeder Streit braucht alle Möglichkeiten des Verfahrens zu erschöpfen. Jeder bedenke, daß täglich ein verbrecherischer Anschlag der Briten auf wehrlose deutsche Städte jedem von uns Hab und Gut und unsere nächsten Menschen rauben kann. Jeder bedenke, daß es nicht mehr darum geht, so oder anders, sondern darum, ü b e r h a u p t als deutscher Mensch auf freiem Grund leben zu können. Gewiß, das Recht ist ein hohes Gut, Rechtlichkeit im Leben des Volkes Grundlage der Volksgemeinschaft. Indessen, es ist jetzt nicht an der Zeit, einen Rechtsstandpunkt „aus grundsätzlichen Erwägungen" oder aus Prestigegesichtspunkten durchzufechten, auch nicht etwa aus Scheu vor der eigenen Verantwortung als Vertreter von Unternehmungen oder Verwaltungen die Entscheidung dem Gericht aufzubürden, weil man sie nicht auf die eigene Schulter nehmen will. Jeder Rechtswahrer bedenke aber auch, daß dadurch s e i n e Entscheidung s c h w e r e r wiegt als bisher, da sie mit Rechtsmitteln anfechtbar und vielfach nachprüfbar war. S e i n e V e r a n t w o r t u n g ist g e s t i e g e n. So wie heute die Reichsbahn und die Post, wie jeder Betrieb der deutschen Wirtschaft und die Einrichtungen der Kultur sich in erster Linie Kriegsaufgaben widmen, muß sich auch die Rechtspflege beschränken auf die Verfahren, die u n b e d i n g t durchgeführt werden m ü s s e n. Die kriegswichtigen Aufgaben der Rechtspflege und der Verwaltung gehen allen anderen vor. Deshalb ist es Pflicht jedes Volksgenossen und jedes Rechtswahrers, Reibungen zu vermeiden. Heute jedenfalls ist jeder Streit ein Übel, jeder überflüssige Streit ein Verbrechen. Deshalb:

Vermeidet Rechtsstreit! Haltet Rechtsfrieden!

# Schöpferische Rechtsprechung

Von Landgerichtsdirekter Dr. W. Gustorf, M.-Gladbach

Das RG. hat in dem viel beachteten Urteil DJ. 1942, 513 f. grundsätzlich erklärt:

„Die Beschränkung der Anwendung des § 2 auf Fälle, in denen der Täter sonst straflos ausgehen würde, entspricht nicht dem Sinn des Gesetzes; für eine Tat von der Schwere eines Verbrechens stellt nach gesundem Volksempfinden eine Strafe, die sich im Rahmen der Strafdrohung für ein Vergehen halten würde, keine genügende Bestrafung dar, ebenso wie eine Übertretungsstrafe keine ausreichende Sühne für eine Tat sein würde, die sich als Vergehen darstellt."

Das Urteil befaßt sich mit einer entsprechenden Anwendung des § 174 StGB. Hierzu hat der gleiche (II.) Senat am 8. Okt. 1942 (297/42) bei unzüchtigen Handlungen, die der eheliche Vater mit seiner minderjährigen leiblichen Tochter vornimmt, die bisher abweichende Rechtsprechung aufgegeben und u. U. eine entsprechende Anwendbarkeit des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. bejaht. Diese beiden Urteile rücken abermals die Tragweite des § 2 StGB. und den Streit um den § 2 StGB. in den Vordergrund.

I. Bekanntlich hat man in § 2 StGB. a. F. die „magna charta" des Verbrechertums gesehen, weil er neben dem Rückwirkungsverbot des jetzigen § 2a StGB. bestimmt hat, daß nur das Gesetz eine Handlung zum Verbrechen stempeln und hierfür eine Strafe auswerfen könne. Die große Strafrechtsnovelle v. 28. Juni 1935 hat mit diesem Grundsatz gebrochen, indem sie den § 2 StGB. mit dem Ziel abgeändert hat, daß nach amtlicher Begründung die „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" möglich ist. Allerdings ist das geschriebene Recht, also das Gesetz, die erste und vornehmste Quelle für die Rechtserkenntnis geblieben. Daneben erscheint aber mit dem Hinweis auf das gesunde Volksempfinden als weitere Quelle das ungeschriebene Recht, um im Strafrecht den Durchbruch der materiellen Gerechtigkeit zu besiegeln. Die verschiedenartigen Entscheidungen und das kontrastreiche Schrifttum zu § 2 StGB. beweisen deutlich, daß sich mit dieser Vorschrift im Strafrecht eine neue Welt aufgetan hat, wie ich aus der Praxis zeigen will.

II. Der Richter darf nach herrschender Ansicht (vgl. Wachinger S. 81 der Bumke-Festgabe 1939 mit weiteren Angaben) kein Strafgesetz entsprechend anwenden, solange er für die Tat schon unmittelbar so strafen kann, daß die Strafe dem gesunden Volksempfinden und dem Unrechtsgehalt der Tat angepaßt ist. In diesem Sinne wird das Gesetz „unmittelbar" auch dann verwertet, wenn es berichtigend, einschränkend oder ausdehnend nach seinem Sinn und Zweck ausgelegt wird, soweit nicht der Wortlaut oder der Wille des Gesetzgebers erkennbar entgegenstehen. Die Mittel einer vernünftigen Auslegung des Gesetzes sind voll auszuschöpfen, bevor der „zweite Weg" des § 2 StGB. eingeschlagen werden darf, der mit dem gesunden Volksempfinden beginnt; erst dann greift § 2 StGB. ein, wenn auch eine sinngemäße Auslegung mit dem gesunden Volksempfinden nicht zu vereinen ist! Es prägen sich darin die kontrollierende Funktion des gesunden Volksempfindens und eine hierarchische Ordnung der Rechtserkenntnisquellen mit dem Ergebnis aus, daß dem geschriebenen Recht der Vorrang gebührt. Dieser Vorrang zeigt sich auch durch den strengen Hinweis, daß aus dem gesunden Volksempfinden allein das Recht nicht strafbegründend ergänzt werden darf; vielmehr muß das gesunde Volksempfinden, soweit es der konstituierende Faktor ist, mit dem Strafgesetz verbunden werden, dessen Grundgedanke am besten auf die Tat zutrifft. Die vorderste Kampflinie gegen das Verbrechertum ist auch so erheblich vorverlegt; denn die Bindung an den Buchstaben des Gesetzes ist dahin gelockert, daß heute kein Verbrechen unbestraft bleiben muß. Hierdurch nähert sich die Rechtsnorm fortschreitend dem Sittengesetz gemäß dem Bekenntnis an, das Hermann Göring am 13. Nov. 1934 in München abgelegt hat.

„Die Organe im Staate, die über das Recht und damit über die Rechtssicherheit zu wachen haben, müssen sich jederzeit vor Augen halten, daß sie die Gesetze nicht um der Gesetzesanwendung willen anwenden, sondern daß sie ihre Tätigkeit ausüben, um Gerechtigkeit üben zu können. Nicht auf den toten Buchstaben kommt es an, sondern allein auf den Sinn und Geist des Gesetzes."

Das moralische Recht ist das ewige Recht! (Gritzbachs Göring-Buch, 1938 S. 137 ff.). Grundlage der Volksgemeinschaft ist aber die Rechtssicherheit. Im Interesse dieser Grundlage hat man bei dem Heimweg des Rechts in die völkische Sittenordnung bestimmt, daß eine Bestrafung ohne Gesetz auch heute nicht möglich sein soll. Auf diese Weise garantiert § 2 StGB. dem Gesetzgeber, daß der Richter nicht eigenmächtig für eine Tat straft, die in weiser Selbstbeschränkung straflos gelassen ist.

III. Damit wird die Frage angeschnitten, wie die Grenze zwischen den Bereichen der Gesetzgebung und der richterlichen Rechtsschöpfung zu ziehen ist. Begrifflich setzt § 2 StGB. voraus, daß mit seiner Hilfe eine „Lücke" des Gesetzes geschlossen werden soll. Schweigt das Gesetz, so bestehen drei Möglichkeiten, indem der Gesetzgeber entweder bewußt nur ganz bestimmte Fälle treffen und sich auf einen sachlichen Geltungsraum beschränken will oder bewußt die Ausgestaltung einer Materie der verantwortlichen Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen oder unbewußt bei der Vielseitigkeit des Lebens die Möglichkeit eines verbrecherischen Angriffs auf die Volksgemeinschaft übersehen hat. Soll der Richter ein „verständnisvoller Verbündeter" des Gesetzgebers sein, so muß er die Schranken beachten, die auf seinem Verhältnis zum Gesetzgeber beruhen; alsdann bleibt § 2 StGB. als „beherrschende Richtlinie der gesamten Strafrechtspflege" (RGSt. 70, 63) nur für die beiden letzten Möglichkeiten übrig, während die erste Möglichkeit einer Anwendung der Analogie klar entgegensteht. Auch in diesem Rahmen drängen die kontrollierenden und konstituierenden Funktionen des gesunden Volksempfindens geradezu die Frage auf, wie der Richter dieses völkische Gewissen ableiten und auswerten soll. Wachinger bringt dafür (a. a. O. S. 55 f. und S. 76) die gute Formel, man könne als gesundes Volksempfinden die Wertvorstellungen bezeichnen, die für die Ordnung des Gemeinschaftslebens bei den führenden Schichten des Volkes, soweit sie nicht entartet sind, gelten. Mithin sind laxe Ansichten, etwa aus der Inflationszeit, mit dem gesunden Volksempfinden selbst dann nicht gleichzusetzen, wenn sie von der Mehrheit gebilligt werden. Insoweit sagt Dahm („Tätertyp" S. 37) zutreffend:

„Wie die Übereinstimmung von Recht und Sittlichkeit, so ist auch die Einheit von Recht und Volksanschauung ein Wunschbild, dem man sich annähern kann, das sich in der Wirklichkeit des Lebens aber nicht völlig verwirklichen läßt."

Von dieser Warte aus kann der Gesetzgeber sogar gezwungen sein, völkische Vorstellungen gesetzlich einzudämmen, weil sie nicht haltbar sind; erst recht kann er solche Verhältnisse, die völkisch nicht oder noch nicht bewertet sind, gesetzlich gestalten. Ist doch das Recht, in organischer Wechselwirkung mit allen Lebensgebieten und Lebensäußerungen, der völkischen Lebensganzheit unterstellt!

„Jeder ist als Teil und Glied eingebettet in das Ganze und hat gemäß seiner Gliedheit und Eigengesetzlichkeit Anteil an der Ganzheit des Ganzen; er trägt das Ganze in seiner Sondergestalt."

Dieser Ausspruch Kriecks („Nationalpol. Erziehung", 1935, S. 2) trifft auch für das Wesen des Rechts zu.

IV. Rein psychologisch wird der Richter meistens durch das Rechtsgefühl, das sich mit einem Freispruch oder mit einem verteilenden Erkenntnis wegen des Unrechtsgehalts einer Tat nicht befreunden will, zu § 2 StGB. gedrängt.

Er prüft dann, ob ein Volksempfinden besteht, das den vollen Wertgehalt der Tat erfaßt. Daran knüpft er die Prüfung, ob dieses (etwaige) Volksempfinden gesund ist. Bejaht er auch diese Frage, so sieht er sich nach einem Gesetz um, das für Fälle dieser Art (!) paßt, so daß methodisch in scheinbarem Gegensatz zum Wortlaut des § 2 StGB. das gesunde Volksempfinden kontrollierend vorangeht. Diese Reihenfolge entspricht nach herrschender Ansicht, für die ich auf Wachinger (a. a. O. S. 76) und auf Schönke, StGB. S. 20, sowie u. a. auf RGSt. 70, 356; 71, 109 und 71, 222 verweise, dem Willen des Gesetzgebers und soll im kommenden Strafrecht durch eine andere Fassung verdeutlicht werden; sie gewährleistet, daß für eine Tat von der Schwere eines Verbrechens oder Vergehens nicht eine Strafe verhängt wird, die sich im Rahmen der Strafdrohung für ein Vergehen oder für eine Übertretung hält. Mithin steht der analogen Anwendung nicht entgegen, daß die Tat nach einem Strafgesetz geahndet werden kann, wenn erst das analog anwendbare Gesetz den wahren Unrechtsgehalt erschöpft. Immerhin zeigt der Grundgedanke, nach dem die Tat strafwürdig sein muß, die Grenzen und die Richtung für eine Analogie an, so daß die Strafwürdigkeit gemäß § 2 Satz 1 StGB. und das Strafmaß gemäß § 2 Satz 2 StGB. stets am Gesetz nachzuprüfen sind. Sind Grenzen bewußt gezogen, so müssen sie eingehalten werden, um dies nochmals scharf zu betonen; daran kann die Tatsache, daß die höchstrichterliche „Lückenformel" (hierzu Wachinger a. a. O. S. 65 ff. und S. 79 ff., weiter Kohlrausch, StGB., 37. Aufl., S. 31 und Schönke, StGB., S. 22 mit Nachweisen) für die Praxis mitunter sehr eng ist, nichts ändern. Es liegt etwa nahe, mit Hilfe des § 2 StGB. bei homosexuellen Sittlichkeitsverbrechern neben der Strafe die Entmannung anzuordnen; das RG. hat hierzu klar gesagt, die Rechtschöpfung nach § 2 StGB. komme nur in Betracht, wenn ungewollte Lücken des Gesetzes zu schließen seien. In gleichem Sinne hat es in RGZ. 71, 197 festgestellt:

> „Der Richter darf den Grundgedanken eines Strafgesetzes nicht so verallgemeinern, daß die Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestand völlig verlorengeht oder dem Willen des Gesetzgebers geradezu entgegengehandelt wird."

Anerkannt ist mithin durch § 2 StGB. nur eine Gesetzesanalogie, nicht auch die Rechtsanalogie, so daß ein Rechtssatz nicht aus der gesamten Rechtsordnung oder wenigstens aus dem ganzen Strafrecht abgeleitet werden darf; vielmehr sind entsprechend anzuwenden nur ein bestimmtes Gesetz oder mehrere bestimmte Gesetze. Die Strafe insbesondere und die sonstigen Rechtsfolgen sind abschließend geregelt; sie dürfen, wie § 2 Satz 2 StGB. zeigt, stets nur einem einzelnen und bestimmten Strafgesetz entnommen werden (vgl. RG.: JW. 1936, 1780, weiter RGSt. 70, 220; 73, 398; RG.: DR. 1940, 1522 und VGH.: DJ. 1936, 1164, um einige Beispiele aus der Praxis zu bieten).

V. Mit der „Lückenformel" hängt die weitere Frage zusammen, ob im Anschluß an RG. GrSen. 72, 91 (mit Wachinger und mit Kohlrausch) der Grundgedanke maßgebend ist, der dem Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes vorgeschwebt hat. Oder kommt es auf den Grundgedanken an, der nach Welzel („Allg. Strafr." S. 16) dem Gesetz „infolge seiner stetigen Aufrechterhaltung durch die Staatsführung gegenwärtig unterlegt" werden muß, wie vor allem Schönke (mit ausführlichem Schrifttum) und Mezger verfechten? Hier wird die Frage nach dem Verhältnis von Gesetz und Richter in schärfster Zuspitzung aufgeworfen. Ist nämlich für den Richter nicht der Wille des historischen Gesetzgebers, in dem ein Urteil des KG. (DStrR. 1938, 291) eine „jedenfalls bei den älteren Gesetzen völlig undefinierbare Person" sieht, sondern der lebendig fortentwickelte Wille des heutigen Gesetzgebers maßgebend, so ist der Richter weitgehend zu freier Rechtsfindung berufen. Als Praktiker bin ich für die These der Verschiebbarkeit, weil nur sie das Strafrecht den Bedürfnissen der Gegenwart anpassen kann.

1. Das RG. hat erklärt, auch die Gesetze, die der Führer fortbestehen lasse, seien Bestandteil seiner Gesetzgebung, er habe darüber zu bestimmen, wann und durch welche Bestimmungen sie zu ersetzen seien (RGSt. 72, 91). Soll damit der Grundgedanke der Entstehungszeit als Ausgangspunkt verankert werden, so erheben sich keine Bedenken; vielmehr wird alsdann eine „willkürliche und fessellose Ausdehnung" unterbunden. Eine starre Bindung des Richters an diesen Ausgangspunkt übersieht aber die Tatsache, daß sich jedes Strafgesetz in einem neuen (sozialen) Kräftefeld mit neuen Grundgedanken auffüllt.

> „In einer Zeit, in der in unserem gesamten Staats- und Rechtsgefüge immer mehr die Konsequenzen aus der biologischen Ungleichheit der Menschen gezogen werden, kann sich nicht das Strafrecht allein dieser Entwicklung verschließen."

Diese Feststellung Schaffsteins (DStrR. 1942, 43) deckt die Dynamik der Lebensverhältnisse und der Wertanschauungen auf, in die seit dem Umschwung die völkische Sitten- und Rechtsordnung verstrickt ist. Diese Dynamik muß auch den Richter beseelen, indem er von der lebendigen Gegenwart aus zwar historisch nach rückwärts blickt, um den immanenten Willen des Gesetzes bei dessen Erlaß zu berücksichtigen, aber dem verständigen Willen dieses Gesetzes zur Zeit des Urteils den Vorrang einräumt; sonst erniedrigt er die Volkstümlichkeit des Rechts zu einer leeren Redensart.

2. Gegenstück der Rechtsschöpfung gemäß § 2 StGB. ist das alternative Strafurteil, das ungerechte Freisprechungen verhüten soll, um positiv gerechte Verurteilungen zu sichern. Dieser positive Zweck des § 2b StGB. ist der Zweck auch des § 2 StGB. Ihm zuliebe muß gleichfalls eine Verschiebbarkeit des Grundgedankens bejaht werden.

3. Deutlich ist auch Art. 2 des Ges. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844) mit der programmatischen Erklärung:

> „Das RG. als höchster deutscher Gerichtshof ist berufen, darauf hinzuwirken, daß bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird."

Hierbei soll das RG. durch Rücksichtnahme auf Urteile, die aus einer andern Lebens- und Rechtsanschauung erwachsen sind, nicht gehemmt werden; deshalb darf es bei der Entscheidung über eine Rechtsfrage von einer Entscheidung, die vor dem Inkrafttreten des erwähnten Gesetzes ergangen ist, abweichen Wenn Siegert (S. 163 f. der „Gleispach-Festgabe", 1936) wünscht, künftig solle nach Ablauf bestimmter Fristen die Bindung an Präjudizien im Sinne von § 136 automatisch aufhören, so muß ihm zugestimmt werden. Immerhin sollen erprobte Erkenntnisse ihren Wert behalten, soweit sie keiner grundsätzlichen Betrachtung zugänglich sind. Wenn sich die Gesetze aber ohne Änderung ihres Wortlauts geändert haben, so fällt die formale Bindung an ältere Urteile fort, um die einheitliche Rechtsprechung diesem Wandel, der im rechtlich-sozialen Leben immer wieder auftritt, selbständig anpassen zu können. Darin sehe ich ein gewichtiges Beweisstück für die These von der Verschiebbarkeit des Grundgedankens.

VI. Natürlich verkenne ich nicht die Gefahren dieser These. Sie stimmen vielfach mit den aufrüttelnden Bedenken Hedemanns gegen eine „Flucht in die Generalklauseln" überein. Der Gedanke, daß der Richter ein Gesetz entstellen oder gar verfälschen kann, um seinen eignen Willen als autoritären Willen des Gesetzes auszugeben und sich selbst zum Gesetzgeber aufzuwerfen, liegt in der Tat nahe; er klingt u. a. in RGSt. 73, 398 mit dem Satz auf:

> „Der seit 1933 eingetretene Wandel in der Auffassung von Recht und Staat entbindet den Richter, vor allem den Strafrichter, nicht von der Treue gegenüber dem Gesetz."

Nun mag die These der Verschiebbarkeit an den Führungsanspruch des Gesetzgebers zwar grenzen; nicht aber überschreitet sie diese Grenze!

1. Die Volkstümlichkeit des Rechts, die Autorität des Richters und das Vertrauen zum Richter setzen gewiß eine Rechtssicherheit voraus. Einst hat man den Richter im Interesse dieser „Sicherheit" an die buchstäbliche Beachtung der Gesetze gebunden; beispielhaft erwähne ich Art. 18 des Kundmachungspatents zum ALR.:

„Niemand soll sich unterfangen, von klaren und deutlichen Vorschriften des Gesetzes auf Grund eines vermeintlichen philosophischen Resonnements oder unter dem Vorwand einer aus dem Zweck und der Absicht des Gesetzes abzuleitenden Auslegung die geringste eigenmächtige Abweichung sich zu erlauben."

Inzwischen hat sich aber der Akzent von der Sicherheit her zum „Recht" hin verlagert, um den Schutz der Volksgemeinschaft zu gewährleisten. In diesem Sinne wollen und sollen die Generalklauseln das Gesetz der materiellen Gerechtigkeit zuliebe beweglich gestalten. Dem gleichen Ziel zuliebe muß die Gefahrenzone, mit der § 2 StGB. bei Verschiebbarkeit des Grundgedankens die einzelnen Strafvorschriften umkleidet, in Kauf genommen werden. Die Furcht vor solcher Verschiebbarkeit ist, davon abgesehen, mindestens übertrieben. Wer glaubt, daß der Strafrichter heute nur Ansichten „contra reum" vertritt oder gar vertreten darf, befindet sich in einem verhängnisvollen Irrtum, wie Gleispach schon für die Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht (DStrR. 1940, 1 ff.) betont hat. Daß im Kriege die abschreckende Kraft des Strafrechts gesteigert worden ist, trifft zu; namentlich haben sich das gesetzliche Anwendungsgebiet der Todesstrafe und der Umfang, in dem diese Strafe nicht nur verhängt, sondern auch vollstreckt wird, bedeutsam erweitert. Man darf hierbei mit Schwarz (AkadZ. 1942, 209 ff.)

„nicht übersehen, daß die Lage unseres Vaterlandes im Jahre 1942 eine härtere Gesetzesauslegung erfordert als im Jahre 1939. Die Interessen des einzelnen müssen gegenüber den Interessen der Gesamtheit immer mehr zurücktreten. Wenn also bei den Verbrechen in den ersten Kriegsmonaten der Richter unter Abwägung von Tatschwere und Täterpersönlichkeit noch wegen dieser Persönlichkeit eine besondere Milde walten lassen konnte, so wird er in der jetzigen Zeit, in der Deutschland unter Anstrengung aller Kräfte um Sein oder Nichtsein ringt, bei Beurteilung einer Straftat die Interessen der Allgemeinheit, die Sicherung der Ruhe in der Heimat und die Abschreckung anderer Übeltäter als objektive Umstände in erster Linie als maßgebend ansehen müssen. Daher wird derselbe Sachverhalt, der in der ersten Kriegszeit zu milder Strafe geführt hat, eine ganz andere Beurteilung erfahren müssen."

Diese Erwägungen bedingen zwar in gewissem Umfang eine Steuerung der Strafrechtspflege, um einer Flucht in die Milde vorzubeugen. Sie können aber Bedenken gegen die verfochtene These unmöglich auslösen; nur müssen im Anschluß an Baumbach (DjZ. 1933, 70) Auswüchse jener Steuerung vermieden werden.

2. Die Warnungen vor jener These scheitern zudem an den §§ 136, 137 GVG. Das RG. soll dem deutschen Richter, wie Siegert (S. 151 der Gleispach-Festgabe 1936) schön gesagt hat, Führer und Vorbild in einer volksnahen lebendigen Rechtsprechung sein; es würde seine Aufgabe verkennen, wenn es den Richter auf die hohe Warte einer volksfremden Rechtsbetrachtung nötigen würde. Diesem Ziel dienen die erwähnten Vorschriften. Gewiß sind die Untergerichte, die ja das Rechtsleben aus unmittelbarer Anschauung kennen, selbständig und ohne Bindung an die höchstrichterliche Rechtsansicht berechtigt und verpflichtet, das Recht auch ihrerseits fortzubilden; sie werden aber schon aus praktischen Erwägungen nur aus zwingendem Grunde von einer solchen Rechtsansicht abweichen. Im übrigen ist es wohl noch keinem vernünftigen Richter eingefallen, in ein Gesetz das Gegenteil seines Inhalts hineinzulegen; beläßt aber das Gesetz selbst den nötigen Spielraum, so kann und darf der Richter diesen Spielraum ausnutzen, um das Recht fortzubilden. Schließlich verweise ich noch auf § 170a StPO.; hier ist die kontrollierend-konstituierende Funktion des gesunden Volksempfindens klar verankert, um der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen!

VII. Die Zweifel über den Anwendungsbereich des § 2 StGB. bedingen (kurz) folgende Erwägungen:

1. Grundsätzlich gilt § 2 StGB. nicht nur für den besonderen Teil, sondern auch für den allgemeinen Teil des StGB., wie u. a. bei Schönke, StGB. S. 23 und bei Olshausen, StGB. (12. Aufl.) S. 27 festgelegt ist; das RG. erkennt dies an, indem es u. a. zu den §§ 27b, 32, 42k und 50 StGB. die Anwendbarkeit des § 2 StGB. auf den allgemeinen Teil erörtert hat (RG.: DJ. 1938, 831; RGSt. 70, 220 und 72, 328; RG.: DR. 1941, 1881). Hierbei kommt § 2 StGB. zwar überwiegend für Verbrechen und Vergehen in Betracht; aber auch das weitläufige Gebiet der Übertretungen ist ihm nicht verschlossen (so Olshausen S. 2 unter Hinweis auf RGSt. 71, 223 im Gegensatz zu Schönke S. 23 und zu Sauer: JMethL. S. 324). Bei den strafrechtlichen Nebengesetzen muß sorgfältig geprüft werden, ob nicht das Gesetz gewollte Grenzen zieht; mit dieser Einschränkung sind auch sie einer entsprechenden Anwendung zugänglich, wie die umfangreiche Zusammenstellung bei Olshausen S. 40 ff. beweist. Im Strafverfahrensrecht ist die Zulässigkeit der Analogie schon unter der Herrschaft des früheren § 2 StGB. anerkannt gewesen; hier kann der Richter nach wie vor berechtigt und verpflichtet sein, nach dem Grundsatz des § 2 StGB. zu handeln (vgl. Olshausen S. 27 und Niederreuther: AkadZ. 1942, 356 ff. mit eingehenden Nachweisen).

2. Die Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze wirkt sich nicht nur zuungunsten, sondern auch zugunsten des Täters aus (Olshausen S. 26).

VIII. Die gewonnenen Erkenntnisse will ich nunmehr durch Beispiele, die ich nicht am Schreibtisch ausgeklügelt, sondern der strafrichterlichen Praxis entnommen habe, dem Verständnis näherbringen.

A. 1. Beispiel:

Ein Mann, der sich wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht verantworten muß, bittet (mit dem ärztlichen Sachverständigen) um Entmannung, weil er von seinem entarteten Geschlechtstrieb befreit werden möchte.

1. Der Standpunkt des RG. (DStrR. 1941, 168) ist hierzu klar:

„Der Gesetzgeber hat die Entmannung ... bei Bestrafung nach § 175 StGB. ... bewußt ausgeschlossen, weil sie nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft bei gleichgeschlechtlicher Veranlagung keine Änderung der Triebrichtung herbeiführt. Es muß dem Gesetzgeber überlassen bleiben, die Lücke, die sich dadurch für die Anwendung dieser Sicherungsmaßnahme ergibt, zu schließen, wenn spätere Beobachtungen und Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft es rechtfertigen sollten. Der Richter ist nicht dazu berufen."

2. In der Tat hat man § 175 StGB. für die Entmannung gemäß § 42k StGB. bewußt ausgeschaltet. Immerhin werden bei Taten im Sinne der §§ 176 Abs. 1 Nr. 3 und 183 StGB. Homosexuelle und solche Sittlichkeitsverbrecher, die ihnen nahestehen, auch im Rahmen des § 42k StGB. zahlreich erfaßt (vgl. Rodenberg: DJ. 1942, 581 ff.). Obendrein hat der bewußte Ausschluß des § 175 StGB. in § 42k StGB. an Gewicht verloren, seitdem § 14 Abs. 2 ErbkrNachwGes. die Entfernung der Keimdrüsen zuläßt, wenn der entartete Geschlechtstrieb des betreffenden Mannes „weitere Verfehlungen im Sinne der §§ 175—178 ... des StGB. befürchten" läßt. Man mag den Standpunkt vertreten, angesichts dieser Vorschrift beurteile der Gesetzgeber selbst die Aussichten einer Entmannung Homosexueller nunmehr anders, so daß die „Lücke" längst geschlossen sei. Alsdann kommt man nicht daran vorbei, daß es sich um ein Gebiet handelt, welches wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß, soweit es sich um die sichernde Maßnahme des § 42k StGB. handelt; die entsprechende Anwendung ist nicht erlaubt.

3. Der Fall führt auch zu der Frage, ob eine entsprechende Anwendung bei Gesetzen zulässig ist, die der nationalsozialistische Gesetzgeber erlassen hat. Diese Frage ist angesichts der Erfahrungen, die Rodenberg (a.a.O.) für § 175 StGB. mitgeteilt hat, zu bejahen. Diese Erfahrungen zeigen, daß die Vielgestaltigkeit des Lebens vor neuen und neuesten Gesetzen nicht haltmacht; alsdann ist die Fortbildung solcher Gesetze gleichfalls ein ständiges Bedürfnis.

B. 2. Beispiel:

Ein Mann nimmt dem Eigentümer eines Sprechapparates die Schalldose und mehrere Schallplatten fort; die Plat-

ten legt er draußen hin, so daß sie dem Zugriff jedes Dritten ausgesetzt sind, während er die Dose bei sich behält.

1. Das AG. Stadtroda hat in JW. 1936, 1702[39] weder Diebstahl noch Sachbeschädigung anerkannt; es hat den Grundgedanken des § 303 StGB. darin gefunden, daß die wirtschaftlichen Sachwerte zu erhalten seien, und die Tat als Verstoß gegen diesen Grundgedanken geahndet, weil der Apparat infolge Wegnahme der Dose unbenutzbar geworden sei.

2. K. Schäfer hat anmerkend nachgewiesen, daß hier die Analogiefrage verfrüht gestellt worden ist. Er knüpft daran die Bemerkung:

„Es entspricht keineswegs den Absichten des Gesetzgebers, wenn das Gericht, statt die Möglichkeiten des geschriebenen Rechts auszunutzen, seine Zuflucht zur Anwendung des § 2 sucht. § 2 dient dazu, offensichtliche Lücken des Strafschutzes auszufüllen; er soll aber nicht dazu dienen, dem Richter eine sorgfältige rechtliche Würdigung zu ersparen."

Sodann geht er auf den berühmten Papageienfall ein, in dem der Käfig geöffnet wird, so daß der Vogel entkommt. Zimmerl meint, auf diesen Fall passe der Grundgedanke keines einzigen Strafgesetzes, als „allgemeiner Lückenbüßer" dürfe § 2 StGB. nicht mißbraucht werden (S. 180 der Gleispach-Festgabe 1936). Gegensätzlich steht es für K. Schäfer (ebenso Kohlrausch 5 und Schönke III 3 zu § 303 sowie Mezger, Grundr. S. 266) fest, daß ein solcher Fall heute in rechtsschöpferischer Anwendung des Grundgedankens des § 303 StGB. mit Hilfe des § 2 StGB. bestraft werden kann; die Sache bleibt zwar unversehrt, wird aber ihrer Zweckbestimmung ganz oder teilweise entfremdet. Einschränkend ist mit K. Schäfer nur zu fordern, daß gemäß Entwurf 1935 die Sache boshaft oder in schädigender Absicht entzogen sein muß, um den § 303 StGB. entsprechend anwenden zu können. Mit dieser Einschränkung ist der Grundgedanke des AG. Stadtroda, die Erhaltung wirtschaftlicher Sachwerte, zu billigen; nur ist im konkreten Falle für § 2 StGB. kein Raum gewesen, weil § 303 StGB. unmittelbar hat verwendet werden können.

C. 3. Beispiel:

Ein Vater treibt bloße „Unzucht" mit seiner minderjährigen Tochter, indem er mit ihr unzüchtige Handlungen im Sinne der §§ 174 Abs. 1 Nr. 1 und 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. bei beiderseitigem Einverständnis vornimmt.

1. Wenn die Tochter noch keine vierzehn Jahre alt ist, besteht hier kein Problem; alsdann greift § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. sicher ein. Problematisch wird der Fall erst bei überschrittener Altersgrenze. Daß die „Unzucht" des Vaters auch dann noch nach gesundem Volksempfinden eine Strafe verdient, kann nicht bestritten werden. Das RG. hat auf Beleidigung hingewiesen (RG.: DJ. 1936, 609; ebenso RGSt. 70, 173 für § 172 bei anderem ehewidrigen Verkehr; RGSt. 73, 358 für die §§ 177 und 179 StGB.). Damit wird der Unrechtsgehalt qualitativ nicht erfaßt; die Tat gehört der Sexualsphäre an und hat die Schwere eines Verbrechens, so daß eine Strafe wegen Beleidigung nicht genügen kann (so auch Dahm, „Tätertyp" S. 48). Deshalb muß nach § 170a StPO. verfahren werden.

2. Soll dem Jugendschutz und der materiellen Gerechtigkeit zuliebe für § 2 StGB. auf die Altersgrenze des § 176 StGB. verzichtet werden? Hier zeigt § 175a Nr. 3 StGB., daß am ziffernmäßigen Alter nicht zu rütteln ist (so RGSt. 76, 77 gegen den Täter). Diese Vorschrift ist durch die gleiche Novelle v. 28. Juni 1935 eingefügt worden, die den § 2 StGB. neu gefaßt hat; mithin nimmt der nationalsozialistische Gesetzgeber derartigen Altersgrenzen zuliebe gelegentliche Verstöße gegen materielle Gerechtigkeit bewußt in Kauf.

3. Zu denken ist weiter an § 173 StGB. Hennerici erkennt in der Anm. zu RG.: DR. 1940, 1279[1] allerdings für diese Vorschrift (erbbiologischer Gefahren wegen) als Grundgedanken nur den Zeugungsvorgang an; richtiger findet man mit der amtierenden Staatsanwaltschaft gem. RGSt. 71, 196 diesen Grundgedanken darin, daß § 173 StGB. die Reinheit der Familie erhalten soll. Alsdann kann § 173 StGB. ungezwungen auf die „geistige Inzucht" angewendet werden, die Graehl in den unzüchtigen Handlungen mit Abkömmlingen gefunden hat (AkadZ. 1939, 383 f.). Erläuternd klingen damit die Gedanken auf, die Bogislav von Selchow „an der Schwelle des vierten Zeitalters" schon 1930 als „Wir-Bindung" der Gesundheit gesponnen hat; man muß sich mit ihm vor Augen halten, daß Rassenhygiene „nicht nur eine Angelegenheit des Körpers, sondern ebenso sehr und noch mehr des Geistes und der Seele" zu sein hat, so daß neben körperlicher Inzucht im Sinne des § 173 StGB. erst recht eine geistig-seelische Inzucht durch Unzucht zwischen Eltern und Kindern unterbunden werden muß. Das RG. hingegen beschränkt den § 173 StGB. streng auf den Beischlaf und läßt ihn nicht einmal für beischlafsähnliche Handlungen gelten (RG.: HRR. 1939 Nr. 1485. Namentlich aber RGSt. 71, 196. Zustimmend K. Schäfer: JW. 1937, 1976[36]; Brettle: DR. 1939, 483; Hennerici: DR. 1940, 1279[1]; Mezger, „Grundr." S. 217; Kohlrausch-Lange, 37. Aufl., S. 41 und S. 359. Wie RGSt. 71, 196 auch RGSt. 73, 116, dem in AkadZ. 1939, 568 Engisch für § 173 StGB. beitritt). Dabei interessiert der Hinweis des RG. auf das kommende Recht, das sich seit der VO. v. 23. April 1938 (RGBl. I, 417) wesentlich mit den geltenden Bestimmungen deckt, indem Beischlaf zwischen Blutsverwandten oder Verschwägerten wegen verschiedenartigen Unrechtsgehalts in getrennten Tatbeständen behandelt ist; hierbei herrscht der erbbiologische Gesichtspunkt vor, daß eine minderwertige Nachkommenschaft verhütet werden soll. Dieser Gesichtspunkt macht die ablehnende Haltung des RG. im Ergebnis selbst dann verständlich, wenn man den Ton darauf legt, daß § 173 StGB. die Reinheit der Familie erhalten soll.

4. Immerhin sieht das kommende Recht die Unzucht mit einem Abkömmling als strafwürdig an. Und Hennerici hat recht, wenn er solche Unzucht besonders hart ahnden will; er setzt sich dabei für entsprechende Anwendung des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. ein! Abermals verhält sich das RG. ablehnend.

a) Es erkennt an, daß § 174 StGB. die geschlechtliche Freiheit sichern und Abhängigkeitsverhältnisse in geschlechtlicher Hinsicht sauber halten soll; jedoch beschränkt es den § 174 StGB. auf Mißbrauch der gesetzlich aufgezählten Abhängigkeitsverhältnisse und meint, im übrigen seien solche Taten nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers straflos (RGSt. 71, 394; Mezger: AkadZ. 1938, 137 f. stimmt zu). Aus ähnlichen Gründen hat das RG. in RGSt. 72, 392 einen Betriebsführer wegen Unzucht mit minderjährigen Arbeiterinnen freigesprochen, weil er als Lehrer oder Erzieher dieser Arbeiterinnen nicht anzusehen sei; dieses Urteil hat zu Kohlrauschs herber Kritik geführt, daß hiernach ein „Betriebsführer" als solcher ungestraft tun dürfe, was dem „Lehrer" eines Fußpflege- oder Kochkurses bei Strafe verboten sei (Kohlrausch, 5 zu § 174 StGB.). Deshalb muß begrüßt werden, daß der Entwurf solche Fälle erfassen will. Das kommende Recht will weiter auch den strafen, der einen Volljährigen unter Mißbrauch seiner durch ein Arbeits- oder Dienstverhältnis begründetes Abhängigkeit zum außerehelichen Beischlaf oder zu beischlafsähnlichen Handlungen nötigt; es wertet also Taten, die bisher gern bagatellisiert worden sind, nach dem sexuellen Unrechtsgehalt.

b) Jeweils hat nun das RG. betont, der Gesetzgeber selbst habe den Strafschutz begrenzt. Für das gewählte Beispiel hat es obendrein der Entstehungsgeschichte des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. entnommen, daß nicht zu tief in die Heimlichkeiten des familiären Lebens eingedrungen werden solle. Es knüpft die Mahnung an, dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers dürfe der Richter selbst dann nicht zuwiderhandeln, wenn das (seit 1933 geläuterte) gesunde Volksempfinden die Vornahme unzüchtiger Handlungen an Abkömmlingen für strafwürdig halte (RG.: DR. 1940, 1279[1] mit Anm. Bruns in AkadZ. 1940, 180; vorher schon RG.: DJ. 1936, 609). Ähnlich verwahrt sich ORA. Brettle dagegen, daß der Richter an die Stelle des Gesetzgebers treten dürfe, der Richter müsse die bestehenden Gesetze selbst dann befolgen, wenn sie anscheinend dem Geist der Zeit nicht mehr entsprächen (S. 483).

c) Damit ist die schlechthin entscheidende Frage, die Kohlrausch bei § 164 StGB. gestellt hat, auch für § 174 Abs. 1 Nr. 1 StBG. herausgearbeitet. Ist die ent-

sprechende Anwendung eines Strafgesetzes dann zulässig, wenn ein Gesetz, als es erlassen wurde, bestimmte Taten absichtlich nicht einbezogen hat, wenn aber seitdem veränderte Umstände ein verstärktes Strafbedürfnis entstehen ließen? Für unzüchtige Handlungen der leiblichen Eltern mit ihren Kindern sagt Schönke sehr klar, gegenüber der Scheu vor den Heimlichkeiten des Familienlebens überwiege das Interesse an der sittlichen Gesunderhaltung des jungen Geschlechts und an der Reinerhaltung des Familienlebens (Schönke, IV 1g zu § 174 StGB.). Es verträgt sich, davon abgesehen, mit jener „Scheu" nicht die Tatsache, daß § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. vor den familiären Intimitäten keineswegs haltmacht. Erst recht gilt diese fehlende „Scheu" für die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Beleidigung, auf die das RG. ständig hingewiesen hat; dieser Hinweis nimmt sich, wie Engisch a. a. O. zutreffend rügt, recht „formalistisch" aus. Graehl weist a. a. O. zusätzlich auf die Merkwürdigkeit hin, daß im Großdeutschen Reich eine Unzucht mit Abkömmlingen zwar nach dem Strafrecht der Ostmark, nicht auch nach dem Strafrecht des Altreichs strafbar sein soll. Aus diesen Gründen ist für das gewählte Beispiel die Frage nach entsprechender Anwendbarkeit des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. zu bejahen.

5. Inzwischen bahnt sich, wie mir scheint, mit dem Urteil des II. StrSen. v. 8. Okt. 1942 (297/42) ein Umschwung in der höchstrichterlichen Rechtsansicht an. Wenn die bekämpfte Ansicht richtig wäre, so müßten mit Hennerici gemäß DR. 1940, 484 f.

„alle Erwartungen, die an § 2 StGB. im Sinne einer gerechten Rechtsfindung geknüpft worden sind, als fehlgeschlagen bezeichnet werden. Hier zeigt es sich, daß der Grundsatz der nationalsozialistischen Bewegung, es solle der Bestrafung nicht ein bestimmter, juristisch zu konstruierender Tatbestand, vielmehr die gesinnungsmäßig verbrecherische Haltung des Täters zugrunde gelegt werden, nicht nur Sache wissenschaftlicher Methodik ist, sondern ungeheure praktische Bedeutung besitzt. Die theoretische Anerkennung eines Grundsatzes ist wertlos, wenn sie nicht im gegebenen Falle ihre Verwirklichung findet. Eine Entscheidung, die nicht die allgemein als gerecht empfundene Strafe ermöglicht, bleibt trotz aller konstruktiven Technik ungerecht und muß daher im letzten Sinne unrichtig sein."

Diese herbe Kritik gilt zwar dem Urteil RGSt. 73, 358 zu § 177 StGB. und behält insoweit ihren Wert nach wie vor; sie trifft aber auch für das behandelte Beispiel den Kern der Sache und deckt klassisch die behauptete Enge der höchstrichterlichen „Lückenformel" auf.

IX. Immerhin muß Wachinger (a. a. O. S. 83 f.) unumwunden zugestanden werden, daß die vorsichtig abwägende Stellungnahme des RG. zu § 2 StGB. durchweg berechtigt gewesen ist. Der Auftrag zur Bestrafung nach ungeschriebenem Recht ist von den Instanzgerichten nicht immer richtig verstanden worden, indem sie vielfach namentlich die Bindung an den „Grundgedanken" eines Strafgesetzes (hierzu neuerdings Kadecka: ZStW. 62. Bd. S. 1 ff.; vgl. auch Olshausen, 12. Aufl., S. 30 f.) übersehen haben. Deshalb ist das RG., wie auch Niederreuther: AkadZ. 1942, 357 hervorhebt, genötigt gewesen, in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des neuen § 2 StGB. einer Neigung zu allzu häufiger Anwendung entgegenzutreten. In diesem Sinne mag die Anerkennung, die der schöpferischen Rechtsprechung des RG. im Vorwort zur Festgabe der Juristischen Fakultäten von den Herausgebern gespendet worden ist, wie bei Wachinger, so auch hier, die Erörterungen abrunden:

„Die deutsche Rechtswissenschaft blickt mit hoher Freude und mit tiefer Dankbarkeit auf die leuchtende Wirksamkeit des RG. und seines handelsrechtlichen Vorgängers. Ist doch diese Judikatur, auch wo sie den Widerspruch herausfordert, ein sprudelnder Lebensquell geworden, aus dem die Rechtslehre immer aufs neue zu schöpfen vermochte. Der uralte Reichtum deutschen Rechtslebens gedeiht hier in ungetrübter Jugendfrische, und aus der inneren Kraft der Tatbestände, wie aus ihrer sachkundigen Beurteilung wuchern in üppiger Fülle die Rechtsgedanken hervor."

---

# Die Rechtsprechung zum Einkommen aus Gewerbebetrieb im Jahre 1942

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Delbrück, Steuerberater in Stettin

Im Anschluß an die im Vorjahre (DR. 1942, 193) gegebene Darstellung wird dieses wichtigste Gebiet der Einkommensteuer in einer besonderen Übersicht behandelt. Es ist nicht möglich, auf sämtliche Entscheidungen einzugehen und jede Entscheidung genau wiederzugeben. Entsprechend dem Zweck einer solchen Übersicht muß sie sich auf kurze Hinweise beschränken.

Erhebliche Bedeutung haben in erster Linie die Ziff. 6 bis 43, 78 u. 153 der Richtlinien, abgedruckt RStBl. 97 ff. Ferner ist hinzuweisen auf den Vortrag des Regierungsrates Dr. Lenski auf der Passauer Tagung, abgedruckt DStZ. 352 ff. Hiervon sind besonders zu beachten die Ausführungen über die Reisekosten der Gewerbetreibenden, die Bewirtung von Geschäftsfreunden und die Möglichkeiten erhöhter Absetzung für Abnutzung (Afa) auf Anlagegüter.

## I. Abgrenzung

Die Rechtsprechung über die Abgrenzung gegen eine sonstige selbständige Berufstätigkeit ist im Berichtsjahr weitergeführt worden. Die Mitwirkung fremder Arbeitskräfte behandelt insbesondere das Urt. v. 26. Aug. 1942 (VI 251/42: RStBl. 1066). Die Anerkennung der freiberuflichen Tätigkeit wird schon dann ausgeschlossen, wenn die Arbeiten der Hilfskräfte denen des Berufsträgers gleich geartet sind. Ob die Arbeiten auch gleichwertig sind, ist nicht entschieden.

In besonderen Fällen ist es möglich, daß in der Person desselben Steuerpflichtigen eine freiberufliche und eine gewerbliche Tätigkeit zusammentreffen und getrennt besteuert werden (Urt. v. 8. Juli 1942, VI 178/42: RStBl. 907). Dabei muß es sich dann aber immer um eine eigentliche freiberufliche Tätigkeit handeln, und es handelt sich immer um Ausnahmefälle. So ist für einen physikalischen Erfinder, der die erfundenen Apparate auch gewerblich anfertigen ließ, die Trennung abgelehnt worden (Urt. v. 22. April 1942, VI 69/42: RStBl. 545).

Die Tätigkeit eines Werbeberaters ist stets eine gewerbliche. Der Text für Werbeschriften kann dem selbstschöpferischen Erzeugnis eines Schriftstellers nicht gleichgestellt werden (Urt. v. 10. Dez. 1941, VI 420/41: RStBl. 1942, 78). Auch ein Taxator, der gleichzeitig als Sachverständiger tätig ist, wird mit seinen vollen Einkünften als Gewerbetreibender behandelt (Urt. v. 19. Nov. 1941, VI 388/41: MK. § 18 Abs. 1 Ziff. 1 R. 48/49).

Aus besonderen Gründen werden die Depotverwalter der Reichslotterie der NSDAP., soweit sie nicht nebenbei auch private Lose verkaufen, als freiberuflich anerkannt (Urt. v. 23. Sept. 1942, VI 91/42: RStBl. 1147).

## II. Allgemeines zur Gewinnermittelung, Gewinnverwirklichung, Betriebsausgaben

Für die Behandlung der aufgelaufenen Zinsen auf Auslosungsrechte der Anleiheablösungsschuld gibt das Urt. v. 15. Sept. 1942 (I 61/42: RStBl. 1092) eine weitgehende Freiheit: soweit die Auslosungsrechte zum Betriebsvermögen gehören, ist die Aktivierung der aufgelaufenen Zinsen eines am Schluß des Steuerabschnittes noch vorhandenen Stückes zwar zulässig, aber nicht notwendig.

Bei Währungsgewinnen, die durch die Änderung einer ausländischen Währung erzielt werden, werden die bisherigen Grundsätze über den Zeitpunkt der Gewinnverwirklichung aufrechterhalten. Grundsätzlich ist die Schuld mit dem bei ihrer Entstehung sich ergebenden

Umrechnungswert in Reichsmark anzusetzen, solange sie nicht entweder wirklich getilgt oder rechtswirksam in ein neues Schuldverhältnis umgewandelt worden ist. Das gilt sowohl für Verbindlichkeiten in Pfund und Dollar (Urt. v. 3. März 1942, I 5/42: RStBl. 987) wie auch für Danziger Gulden (Urt. v. 21. Jan. 1942, VI 360/41: RStBl. 378).

Das Urt. v. 8. Juli 1942 (VI 115/42: MK. § 5 R. 161) behandelt einen Sonderfall: Ein Kaufmann erwarb eine Forderung im Nennwert von 500 000 *RM*, gesichert durch Aktien im damaligen Kurswert von 150 000 *RM*. Als später die Aktien im Werte gestiegen waren, wurden sie im Vergleichswege zur Tilgung der ganzen Schuld übernommen. Der Kaufmann buchte sie mit dem von ihm geschätzten Kurswert von 350 000 *RM*. Das Urteil hält sowohl diesen Buchwert wie auch den Teilwert der Aktien für unerheblich und will die Aktien nur mit dem Betrage bewerten, zu dem sie im Augenblick des Vergleichsabschlusses im Wege der Versteigerung hätten verwertet werden können; das ergibt einen erheblich geringeren Wert. Der Rest des Gewinnes wird erst bei einer späteren Veräußerung der Aktien verwirklicht.

Auf dem Gebiet der Betriebsausgaben werden die Kosten für die Bewirtung von Geschäftsfreunden jetzt etwas freier behandelt; soweit sie durch Bewirtung außerhalb des Haushaltes entstehen, können sie schätzungsweise danach aufgeteilt werden, welcher Teil auf die Bewirtung des Geschäftsfreundes und welcher Teil auf den Verzehr des Unternehmers und seiner Familienangehörigen entfällt.

Bei eigenen Geschäftsreisen wird jetzt die Möglichkeit zugelassen, die Reisekostenentschädigung der vergleichbaren Beamten zugrunde zu legen, nur muß die Anzahl der Reisetage nachgewiesen werden. Unzulässig wäre es aber, diese Pauschalberechnung für einen Teil der Reisen durchzuführen und für die übrigen Reisen Einzelberechnungen aufzustellen.

### III. Aktivierung

1. Wegen der Behandlung der Abgeltungsbeträge für die Gebäudeentschuldungssteuer ist auf die Darstellung DR. 1943, 180 zu verweisen, wegen der Behandlung der Zinsen der Anleiheablösungsschuld auf die Ausführungen oben zu II.

2. Bei Arisierungsabgaben muß unterschieden werden, ob sie dem jüdischen Veräußerer oder dem arischen Erwerber auferlegt sind. Nur die letzteren kommen für eine Aktivierung in Betracht. Sie müssen auf die einzelnen Gegenstände des Betriebsvermögens aufgeschlagen werden, bis deren Teilwert erreicht ist. Der verbleibende Mehrbetrag ist als Geschäftswert zu behandeln. Als Arisierungsabgabe gilt hierbei auch die Zahlung, die ein Erwerber leisten muß, um für eine erworbene Mühle das Mahlkontingent zu erhalten (Urt. v. 3. Juni 1942, VI 334/41: RStBl. 871).

3. Die Grunderwerbsteuer gehört stets zu den Anschaffungskosten eines Grundstücks. Sie kann auch dann nicht zu den abzugsfähigen Gründungskosten gerechnet werden, wenn sie für die Einbringung des Grundstücks in eine Gesellschaft erhoben wird (Urt. v. 7. Jan. 1942, VI 142/41: RStBl. 91).

Bei der Aufteilung des gesamten Anschaffungspreises auf Gebäude und Grundfläche ist die Rechtsprechung gegenüber dem früheren Stand enger geworden. Ohne Rücksicht darauf, wie sich der gesamte Anschaffungspreis zu dem gesamten Wert des bebauten Grundstücks verhält, ist stets ein dem objektiven Wert des Grund und Bodens entsprechender Teilbetrag dem nicht abschreibungsfähigen Grundstückskonto zu belasten und nur der Mehrbetrag dem Gebäudekonto (Urt. v. 19. Nov. 1941, VI 200/41: RStBl. 1942, 42).

4. Die Aufwendungen für die Erlangung einer Schankerlaubnis sind nach der ständigen Rechtsprechung als Betriebsausgaben abzugsfähig. Anders liegt es aber mit der Entschädigung, die an den Veräußerer eines erworbenen Betriebs für dessen Verzicht auf die Schankerlaubnis gezahlt wird. Diese ist stets aktivierungsfähiger Bestandteil des Kaufpreises (Urt. v. 17. Juni 1942, VI 102/42: RStBl. 922).

5. Die Kosten für die Instandhaltung von Betriebsanlagen können in der Regel auch dann im Jahre der Aufwendung abgezogen werden, wenn die Ausgaben nicht in jedem Jahre, aber doch erfahrungsgemäß wenigstens im Laufe einer Anzahl von Jahren wiederzukehren pflegen. Dahin gehören z. B. auch die alle 20 oder 30 Jahre erforderlich werdenden Kosten für die Umdeckung eines Daches oder für die laufende Ersetzung unbrauchbar gewordener Wasserleitungsrohre. Wenn aber die Ausgaben tatsächlich über diesen Rahmen hinausgehen und zur völligen Erneuerung einer (bereits voll abgeschriebenen) Anlage führen, so werden sie zum aktivierungspflichtigen Herstellungsaufwand (Urt. v. 14. Jan. 1942, VI 129/41: RStBl. 314).

6. Die Aktivierungspflicht ist verneint worden für den Unternehmer eines Lichtspieltheaters, der neben der Miete an den Hauseigentümer auch noch eine Zeitlang laufende Zahlungen an den Vorbesitzer deshalb leisten mußte, weil dieser während seiner Pachtzeit erhebliche Aufwendungen für die Ausstattung der Räume (nicht etwa der beweglichen Einrichtung!) gemacht hatte (Urt. v. 17. Juni 1942, VI 61/42: MK. § 6 Ziff. 2 R. 44).

### IV. Bewertung. Absetzungen und Abschreibungen

1. Die durch die Rechtsprechung der letzten Jahre angeordnete Berücksichtigung der Fertigungsgemeinkosten bei der Bewertung von Waren wird nach den gegebenen Anordnungen auf Antrag bis zur „Fehlerquelle“ berücksichtigt, aber längstens bis zum Jahre 1934. Wenn eine Berichtigung auch für frühere Steuerabschnitte gewünscht wird, so bedarf es dazu einer entsprechenden Änderung der Handelsbilanz (Urt. v. 9. Dez. 1941, I 238/41: RStBl. 769).

2. Für die Bewertung von Forderungen gegen Schuldner im Ausland hatte der Erlaß v. 15. April 1940 (vgl. Abschnitt 36 der Einkommensteuerrichtlinien) zugelassen, daß das sogenannte politische Risiko (z. B. durch Beschlagnahme) durch einen Abschlag von 20% des Nennwertes berücksichtigt wird. Außer diesem politischen Risiko kann selbstverständlich auch das etwa vorhandene besondere Kreditrisiko, das in der Persönlichkeit oder Zahlungsfähigkeit des Schuldners liegt, berücksichtigt werden. Der Erlaß v. 24. Okt. 1942 (RStBl. 986) schreibt vor, daß als feindliches Ausland in diesem Sinne auch diejenigen Staaten zu behandeln sind, die die Beziehungen zu Deutschland abgebrochen haben. Für das besondere Kreditrisiko wird bei Schuldnern in überseeischen Ländern (soweit diese feindlich sind oder die Beziehungen abgebrochen haben) vom Wirtschaftsjahr 1942 ab ein Abschlag von 20% des Nennwertes ohne besonderen Nachweis gewährt, während bei Forderungen gegen Schuldner im europäischen feindlichen Ausland das Kreditrisiko jeweils besonders nachgewiesen werden muß.

3. Die Möglichkeit einer erhöhten Absetzung für Abnutzung mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse wird dann zugelassen, wenn wirklich durch erhöhte Beanspruchung oder durch Unterlassung erforderlicher Instandhaltungsarbeiten die Nutzungsdauer herabgesetzt wird. In den Ausführungen von Lenski (DStZ. 357) wird zunächst ausgeführt, daß sich bei Betriebsgebäuden bestimmte Grundsätze für das Ausmaß einer solchen erhöhten Afa nicht aufstellen lassen. Im übrigen stehen dem Betriebe sowohl bei Gebäuden wie bei beweglichen Anlagegegenständen nur drei Möglichkeiten zur Verfügung, von denen er die eine wählen muß, aber nicht mehrere nebeneinander anwenden kann:

a) einmalige erhöhte Afa unter Berücksichtigung des besonderen Verschleißes des Wirtschaftsjahres, anschließend Verteilung des restlichen Buchwertes auf die restliche Nutzungsdauer, also Verminderung der künftigen laufenden Afa;

b) einmalige Abschreibung auf den Teilwert mit entsprechender Verminderung der künftigen Afa wie zu a;

c) Feststellung einer verringerten Nutzungsdauer des Gegenstandes und damit Verteilung des Buchwertes auf diese abgekürzte Nutzungsdauer, infolgedessen erhöhte Afa für die Gegenwart und die Zukunft.

4. Die besondere Bewertungsfreiheit für kurzlebige Wirtschaftsgüter hat allmählich an Bedeutung verloren. Durch Urt. v. 20. Mai 1942 (VI 304/41; MK. § 6

Ziff. 1 Satz 4 R. 17) wird festgestellt, daß die Beteiligung an einer Personengesellschaft kein kurzlebiges Wirtschaftsgut im Sinne dieser Vorschriften ist, selbst wenn das Vermögen der Personengesellschaft ganz oder überwiegend aus kurzlebigen Wirtschaftsgütern besteht.

Die Bewertungsfreiheit auf Grund von Steuergutscheinen I beschränkt sich nicht auf die ersten vier Jahre der Besitzzeit, sondern bleibt auch über diese Jahre hinaus weiter bestehen, solange die Steuergutscheine vorhanden und die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind. Da diese Bewertungsfreiheit für die Berechnung des Kriegszuschlages keine Anwendung findet, so ergeben sich hier erhebliche Berechnungsschwierigkeiten. Es muß vor allem darauf geachtet werden, daß ein Unterschied nicht nur im Jahr der Sonderafa gilt, sondern auch in späteren Jahren sich auswirken kann. Hier bleibt der ursprüngliche Anschaffungswert Ausgangspunkt der Afa insoweit, als es sich um die Berechnung des Kriegszuschlages handelt.

5. Bei Pachtverhältnissen ist entsprechend den allgemeinen Grundsätzen für die Bemessung der Abnutzungsabsetzungen zu prüfen, wie lange die Gegenstände voraussichtlich dem Betriebe des Pächters dienen werden. Es wird also die wirtschaftliche Nutzungsdauer den Vorrang vor der technischen Nutzungsdauer haben müssen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß man nicht auf die formelle Geltungsdauer des laufenden Pachtverhältnisses abstellen kann, sondern daß nach Lage des Einzelfalles geprüft werden muß, ob das Pachtverhältnis als Dauerzustand beabsichtigt ist (Urt. v. 10. Dez. 1941, VI 233/41: StW. 1942, 92).

6. Vielfach ist versucht worden, insbesondere Teilwertabschreibungen mit der Begründung zu machen, daß während des Krieges die Betriebsanlagen nicht vollständig ausgenutzt werden können. Da sich aber der Teilwert nach dem unter „gemeingewöhnlichen Verhältnissen" erzielbaren Verkaufspreis richtet, so können bei seiner Ermittlung die besonderen Kriegsverhältnisse nicht berücksichtigt werden (Urt. v. 7. Jan. 1942 VI 321/41: RStBl. 282).

7. Abschreibungen auf Konzessionen und Kontingente werden von der Rechtsprechung im allgemeinen nicht zugelassen.

a) Bei Konzessionen ist zunächst zu berücksichtigen, daß die zu ihrer Erlangung aufgewendeten Beträge (z. B. Schankerlaubnissteuer) in der Regel nicht aktivierungspflichtig sind, so daß schon aus diesem Grunde kein Anlaß zu einer Abschreibung besteht. Sind sie ausnahmsweise doch aktiviert (wie z. B. in der Ostmark), so ist eine Abschreibung nicht mit der Begründung möglich, daß infolge Wegfalls der Konzessionspflicht diese Konzession in Zukunft keine praktische Bedeutung mehr hat. Die Konzession wird hier zu einem Bestandteil des nicht abschreibungsfähigen Geschäftswertes (Urt. v. 1. Juli 1942, VI 164/42: RStBl. 906).

b) Bei Kontingenten muß zunächst unterschieden werden, ob sie auf dem Kartellrecht beruhen und deshalb einen Rechtsanspruch gegen das Kartell begründen können, oder ob es sich um die auf der Zwangswirtschaft beruhenden Beschränkungen im Einkauf, Verarbeitung usw. zwangsbewirtschafteter Waren handelt. Während die Kartellkontingente handelsfähige und aktivierungspflichtige Wirtschaftsgüter darstellen, sind die mit der Zwangsbewirtschaftung zusammenhängenden Kontingente überhaupt keine Rechte. Sie geben keinen Anspruch auf Zuteilung von Waren durch einen Dritten oder durch eine öffentliche Hand, sie sind deshalb auch nicht bewertungsfähig. Wenn jemand ein Unternehmen erwirbt, das auf Grund von Warenkontingenten einen bestimmten Umsatz erreichen kann, so erwirbt er also nicht die Kontingente, sondern das Unternehmen mit seinen Möglichkeiten. Der für die „Kontingente" gezahlte Preis ist in Wahrheit auf den Geschäftswert des Unternehmens bezahlt. Er muß aktiviert werden und ist nicht abschreibungsfähig (Urt. v. 14. Okt. 1942, VI 215/42: RStBl. 1125).

## V. Rückstellungen

1. Steuerrückstellungen sind insoweit zulässig, als die Steuern das zur Besteuerung stehende Geschäftsjahr oder einen früheren Zeitraum betreffen, während Rückstellungen für spätere Zeit unzulässig sind. Nach der im Vorjahr dargestellten Rechtsprechung ist es insbesondere unzulässig, die auf den Rest des steuerlichen Rechnungsjahres entfallende Gewerbesteuer und Aufbringungsumlage zurückzustellen.

Soweit aber die Steuern frühere Zeiträume betreffen, kommt es auf den Zeitpunkt der Festsetzung nicht an. Sie können also auch insoweit zurückgestellt werden, als die Festsetzung erst nach dem Bilanzstichtag erfolgt ist (Urt. v. 19. Aug. 1942, VI 280/42: RStBl. 934).

2. Für Pensionsverpflichtungen wurde früher eine Rückstellung in der Weise zugelassen, daß der Jahresbetrag der Rückstellung nicht höher sein durfte als die Jahresprämie, für die ein Versicherungsunternehmen im Jahre der Begründung der Pensionsverpflichtung den Versicherungsvertrag abgeschlossen hatte. Mit eingehender Begründung weicht das Urt. v. 18. Nov. 1941 (I 95/40: RFH. 51, 119) von dieser früheren Regel ab. Es wird jetzt nicht auf die Jahresprämie abgestellt, sondern auf das Deckungskapital. Es kann jährlich ein Betrag zurückgestellt werden, der dem Unterschied zwischen dem versicherungsmathematisch errechneten Deckungskapital am Beginn und Ende des Wirtschaftsjahres entspricht. Die Firma muß hierbei eine Berechnung vorlegen, in der für jeden einzelnen Pensionsberechtigten das Deckungskapital nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnet wird, ausgehend von dem Zeitpunkt der Pensionszusage. Dieser Übergang zu der Berechnung nach dem Deckungskapital ist auch dann zulässig, wenn bisher überhaupt keine Rücklage gebildet oder die Höhe der Rücklage nach den Jahresprämien berechnet wurde. Unzulässig ist es aber, den am Beginn des Rechnungsjahres sich so ergebenden Fehlbetrag nachträglich zurückzustellen. Die Nachholung ist frühestens bei Eintritt des Pensionsfalles zulässig.

3. Eine ganze Reihe von Versuchen zur Bildung von Rückstellungen mit besonderer Begründung ist wieder ergebnislos geblieben. Es darf weder der Umstand berücksichtigt werden, daß vollwertige, mit geringem Preis zu Buch stehende Rohstoffe veräußert und teure Ersatzrohstoffe angeschafft sind, noch daß die Betriebsanlagen nicht genügend überholt und einem stärkeren Verschleiß unterworfen worden sind (Urt. vom 14. Jan. 1942, VI 382/41: MK. §5 R. 147).

Ebensowenig ist es zulässig, Rückstellungen für Agentenprovisionen zu machen, die erst nach Ausführung eines am Schluß des Geschäftsjahres noch nicht abgewickelten Geschäftes geschuldet werden (Urt. vom 18. März 1942, VI 298/41: RStBl. 562).

## VI. Besondere Fälle

1. Verlustvortrag.

Die Berücksichtigung eines in einem früheren Jahr entstandenen Verlustes hängt nicht davon ab, daß auch in dem späteren Jahr des Ausgleichs noch ein Betrieb mit ordnungsmäßiger Buchführung vorhanden ist. Der Ausgleich ist auch dann möglich, wenn der Betrieb inzwischen aufgegeben ist (Urt. v. 30. April 1942, IV 11/42: RStBl. 817).

Im Vorjahr wurde über die Rechtsprechung berichtet, wonach ein vortragsfähiger Verlust nicht als ausgeglichen gilt, wenn in einem späteren Jahr zwar ein Einkommen erzielt ist, dieses aber nur dem Steuerabzug und nicht der Veranlagung unterlegen hat. Ist aber eine Veranlagung erfolgt, so wird der vortragsfähige Verlust dabei endgültig ausgeglichen, auch wenn die veranlagte Steuer hinter dem Betrage der einbehaltenen Steuerabzugsbeträge zurückbleibt (Urt. v. 14. Okt. 1942, VI 120/42: RStBl. 1943, 3).

2. Gewinnabführung.

Nach Ziff. 13 der Richtlinien und dem Urt. v. 3. Juni 1942 (VI 83/42: RStBl. 883) müssen die verschiedenen Fälle der Gewinnabführung und der Preisrückgewähr unterschieden werden.

a) Beträge, die als Übergewinne gemäß §§ 22ff. KWVO. oder nach der GewinnabführungsVO. v. 31. März 1942 abgeführt oder abzuführen sind, dürfen den Gewinn überhaupt nicht mindern. Eine Ausnahme gilt nur für den Sonderfall, daß etwa auf Grund des § 22 KWVO. schon vor dem 1. Juli 1941 Übergewinne abgeführt sind.

b) Beträge, die an Kunden freiwillig oder auf Grund

einer von vornherein getroffenen Vereinbarung zurückgewährt worden sind, vermindern den Betriebsgewinn, denn diese Ansprüche entstehen „aus dem Schuldverhältnis selbst". Das gleiche gilt auch für den Fall, daß auf Grund preisbehördlicher Anordnung laufend bestimmte Teile von Verkaufserlösen unabhängig vom Jahresbetriebsergebnis abgeführt werden müssen.

c) Die Abführung von Überpreisen an das Reich auf Grund der Preisstrafrechtsverordnung mindert ebenfalls grundsätzlich den Gewinn. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Preisbehörde den Mehrerlös in eine Ordnungsstrafe einbezogen hat. Dann ist er ebensowenig abzugsfähig wie die Ordnungsstrafe selbst.

3. Betriebsveräußerung.

In der bloßen Aufgabe von Pachträumen liegt keine Veräußerung des Betriebes, für die dabei erzielten Beträge kann also eine Steuervergünstigung nicht gewährt werden (Urt. v. 1. Juli 1942, VI 48/42: RStBl. 899). Dagegen wird eine Veräußerung des Betriebes dann bejaht, wenn der Veräußerer als Agent in die Dienste des Erwerbers tritt und zu diesem Zweck die dafür erforderlichen Gegenstände des Betriebsvermögens behält (Urt. v. 22. Juli 1942, VI 123/42: RStBl. 915).

Die Berechnung des Veräußerungsgewinnes kann dann Schwierigkeiten machen, wenn der Betrieb vor der Veräußerung überschuldet war. Hier berechnet sich der Veräußerungsgewinn nicht nur nach dem reinen Veräußerungserlös, sondern entsprechend der allgemeinen Regel nach dem Unterschied zwischen diesem Veräußerungserlös und dem (negativen) Betriebsvermögen nach der Steuerbilanz vor der Veräußerung. Der Gewinn wird hier also größer als der ganze Erlös (Urt. v. 2. Sept. 1942, VI 14/42: RStBl. 1042).

4. Steuerbegünstigung stehengelassener Gewinne.

Die Erlaßpraxis und Rechtsprechung zu § 3 StÄndVO. v. 20. Aug. 1941 zeigt, daß die Fassung dieser Bestimmung noch nicht allen wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinenden Wünschen entspricht.

Festzustellen ist zunächst, daß ein Ausgleich der im Geschäftsjahr erfolgten Entnahmen immer nur mit den Einlagen des gleichen Geschäftsjahres möglich ist. Ein Ausgleich mit früher stehengelassenen Gewinnen ist ausgeschlossen (Urt. v. 26. Aug. 1942, VI 250/42: RStBl. 1051). Die „Einlagen" müssen wirklich dem Betriebsvermögen von außen zugeführt worden sein. Es genügt z. B. nicht, daß die Ehefrau des Inhabers diesem schenkweise eine ihr zustehende Buchforderung überläßt, oder daß ein Landwirt den Erlös aus einer abverkauften Parzelle dem Betriebe zuführt (obwohl diese Parzelle selbst nicht im Betriebsvermögensvergleich enthalten war).

Bei den Entnahmen selbst kommt es nicht darauf an, zu welchem Zweck sie erfolgen und ob sie etwa zwangsläufig gemacht werden mußten. Insbesondere müssen auch die zur Bezahlung von nichtabzugsfähigen Steuern verwendeten Beträge als Entnahmen behandelt werden (Urt. v. 5. Aug. 1942, VI 212/42: RStBl. 1050). Hieraus ergeben sich zunächst Schwierigkeiten im Falle der Zusammenballung von Steuernachzahlungen für frühere Steuerabschnitte. Für die Veranlagung 1941 sind diese Schwierigkeiten durch Ziff. 153 der Richtlinien insofern gemildert, als die im Jahre 1941 auf Grund von Berichtigungsveranlagungen geleisteten Steuerbeträge insoweit außer Betracht gelassen werden können, als sie nicht auf einem Verschulden des Steuerpflichtigen beruhen. Ob aber diese Vorschrift auch für 1942 und später in Geltung bleiben wird, steht noch nicht fest.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß bei einem Rückgang des Gewinnes die Vorauszahlungen noch nach der zuletzt auf Grund eines früheren höheren Gewinnes festgesetzten Steuer geleistet werden müssen. Ferner sind die Finanzämter im Jahre 1942 angewiesen gewesen, bei der Festsetzung der Vorauszahlungen die Möglichkeit der Steuerermäßigung gemäß § 3 überhaupt außer Betracht zu lassen. Infolgedessen übersteigen die Vorauszahlungen vielfach die endgültige Steuerschuld. Gleichwohl steht die Finanzverwaltung noch auf dem Standpunkt, daß auch diese überhöhten Vorauszahlungen als Entnahmen zu behandeln sind. Nur eine geringe Einschränkung bringt hier der Erlaß v. 17. Nov. 1942 (RStBl. 1057), wonach derartige überhöhte Vorauszahlungen im Rahmen der Oststeuerhilfe wenigstens insoweit nicht als Entnahmen zu behandeln sind, als es sich um die Frage der Nachversteuerung früher steuerbegünstigt gewesener Ersparnisse handelt. Es bleibt zu hoffen, daß diese Fragen noch einer befriedigenden Lösung zugeführt werden.

### VII. Sonderfragen für Personengesellschaften.

1. Die Einrichtung der Teilhaberversicherung hat in den letzten Jahren einen recht erheblichen Umfang angenommen, nachdem feststeht, daß bei einer wirklichen Teilhaberversicherung die gezahlten Jahresprämien als Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Dabei wird allerdings meist die Aktivierungspflicht für den Rückkaufswert übersehen und außerdem vielfach nicht beachtet, daß die auf Grund einer solchen Teilhaberversicherung gezahlten Versicherungssummen umgekehrt als Betriebseinnahmen behandelt werden müssen, daß sie also einkommensteuerpflichtig und gewerbesteuerpflichtig sind, während diese Steuerlasten bei Abschluß einer normalen Lebensversicherung vermieden worden wären (Urt. v. 11. März 1942, VI 42/42: RStBl. 601).

2. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters ergeben sich die Schwierigkeiten in erster Linie dann, wenn er einen höheren Betrag erhält, als seinem steuerlichen Kapitalkonto entspricht. Die früher ziemlich weitgehende Rechtsprechung, wonach die an einen ausscheidenden „lästigen" Gesellschafter gezahlten Mehrbeträge als Betriebsausgaben behandelt werden konnten, wird jetzt stark eingeschränkt. Auch bei einem solchen „lästigen" Gesellschafter muß zunächst der gemeine Wert seiner Beteiligung ermittelt werden, also der Betrag, den er bei einer vollständigen Veräußerung unter Berücksichtigung aller stillen Reserven und immateriellen Werte erhalten hätte. Nur was über diesen Betrag hinausgeht, ist abzugsfähige Betriebsausgabe (Urt. v. 15. Juli 1942, VI 362, 363/41: RStBl. 900). Im übrigen muß stets zunächst die Höhe der in den einzelnen Anlagegütern steckenden stillen Reserven festgestellt werden. Soweit der Mehrbetrag den Anteil an diesen stillen Reserven nicht erreicht, ist er verhältnismäßig auf diese Reserven zu verteilen; geht er darüber hinaus, so ist der Mehrbetrag als Geschäftswert zu behandeln (Urt. v. 14. Jan. 1942, VI 129/41: RStBl. 314).

---

# Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage

Von Professor Dr. Hans Schumann, Münster i. Westf.



## I. Die Fragestellung

Rechtslehre und Rechtswirklichkeit beeinflussen sich in ständigem Wechsel. Das Leben stellt die Rechtstheorie auf allen Gebieten vor immer neue Aufgaben. Aber die Rechtslehre bringt umgekehrt auch ihrerseits neue Gedanken, an der die Rechtsprechung oft schon deshalb nicht vorbeigehen kann, weil die Parteien sich im Rechtsstreit darauf berufen, Ansprüche daraus herleiten und auch oft ihre Anträge darauf abstellen. Nicht selten werden so Folgerungen gezogen und Fragestellungen entwickelt, an die der Theoretiker in dieser Form nicht gedacht hat und die ihn zwingen, seine Auffassung unter Umständen von einem neuen Standpunkt aus zu überprüfen, und die so über die Lösung des Einzelfalles hinaus fruchtbar werden. Für die

folgenden Betrachtungen mag ein Fall aus der Praxis den Ausgangspunkt bilden: Zwei Gesellschafter streiten über die Wirksamkeit ihres Gesellschaftsvertrages. Der eine glaubt, von dem anderen bewuchert und betrogen zu sein und hält den Vertrag für nichtig und jedenfalls für anfechtbar. Der Angegriffene, in seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft beeinträchtigt, will den Streit gerichtlich entscheiden lassen und klagt mit dem Antrag, „die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages der Parteien festzustellen". Er meint, die Klage sei ganz ohne Rücksicht darauf begründet, ob die Vorwürfe des Beklagten zutreffen oder nicht, und das Gericht müsse ohne Beweisaufnahme darüber zu seinen Gunsten entscheiden: beim Fehlen von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen deshalb, weil dann nichts gegen den Vertrag einzuwenden sei, und beim Vorliegen solcher Gründe deshalb, weil die neuere Rechtsprechung des RG. es ausschließe, sich auf die Nichtigkeit und Anfechtung zu berufen, wenn die Gesellschaft in Vollzug gesetzt sei (RGZ. 165, 193 ff.). Es fragt sich, wie es mit dieser Rechtsprechung bestellt ist und ob da, wo die Nichtigkeit des Vertrages nicht geltend gemacht werden kann, ein Umkehrschluß dahin zulässig ist, er sei positiv gültig. So könnte man dazu kommen, einen vielleicht wucherischen, betrügerischen oder sonst sittenwidrigen Vertrag als gültig zu bezeichnen, ohne ihn auf seinen Inhalt weiter nachgeprüft zu haben: ein Ergebnis, das schon auf den ersten Blick befremdet und Anlaß gibt, die Frage der Nichtigkeit und Anfechtung von Gesellschaftsverträgen von diesem Gesichtspunkt aus erneut zu behandeln.

## II. Frühere Stellungnahme zur Nichtigkeit und Anfechtung von Gesellschaftsverhältnissen

Für die Kapitalgesellschaften sind besondere Grundsätze entstanden, welche vom allgemeinen bürgerlichen Recht abweichen und den Bedürfnissen des Gesellschaftsrechts Rechnung tragen. Die Nichtigkeitsfolgen hat das Gesetz im wesentlichen selbst in eigener Weise geregelt (§§ 166 ff. AktG., §§ 75 ff. GmbHG., §§ 94 ff. GenG.). Für die Anfechtung hat sich in ständiger Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich der Satz durchgesetzt, daß Willensmängel bei der Gesellschaftsbildung nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn die Gesellschaft durch die entsprechende Registereintragung ins Leben getreten ist; die Gesellschafter sind dann schlechthin an ihren Beitritt gebunden (RGZ. 118, 274; 123, 102; 147, 270). — Für die Personalgesellschaften fehlen nähere Vorschriften. Die Grundbestimmungen (§§ 705 ff. BGB.; §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB.) sind unter den „einzelnen Schuldverhältnissen" aufgenommen und damit unter die Normen des allgemeinen Schuldrechts und weiter des Allgemeinen Teils gestellt. Damit würden die allgemeinen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtung gelten. Beim Vorliegen von Nichtigkeitsgründen würden also die dem Gesellschaftsvertrag entsprechenden Wirkungen nicht eintreten und eine Gesellschaft von vornherein nicht entstehen. Bei wirksamer Anfechtung würde die Gesellschaft ebenfalls von Anfang an als nichtig anzusehen sein (§ 142 BGB.). Diese Folgerungen hat man schon bisher aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht vollkommen gezogen. Man hat unterschieden, ob die Gesellschaft durch Registereintragung oder in sonstiger Weise (z. B. durch Betriebseröffnung) nach außen hin hervorgetreten ist oder nicht. Ist sie „in Vollzug gesetzt", so hat man wiederum das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander und das Außenverhältnis zu Dritten gesondert.

Ist die Gesellschaft noch nicht ins Leben getreten, so hat man keine Bedenken getragen, die allgemeinen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtung anzuwenden und den Vertrag unter den entsprechenden Voraussetzungen von vornherein oder rückwirkend als nicht vorhanden zu behandeln. Gleiches hat man für das Innenverhältnis vertreten und folgerichtig einem jeden Gesellschafter das Recht zugebilligt, sich auf die Nichtigkeit oder wirksame Anfechtung des Vertrages zu berufen. Insoweit hat man ein Gesellschaftsverhältnis unter den Beteiligten von Anfang an verneint und lediglich eine „Gemeinschaft" (§§ 741 ff. BGB.) angenommen, nach deren Regeln auch das etwa zusammengebrachte „Gesellschaftsvermögen" auseinanderzusetzen sei. Für das Außenverhältnis hat man den Rechtsschein des Bestandes berücksichtigt, der mit dem Hervortreten einer Gesellschaft im Rechtsverkehr entstehen muß, und neben der sog. Rechtsscheinlehre die Sätze in Betracht gezogen, die das Handelsrecht für „Erklärungen an die Öffentlichkeit" geschaffen hat. Man hat hier das Recht der Gesellschafter, die Nichtigkeit schlechthin oder nach einer Anfechtung geltend zu machen, verneint. Das soll jedoch nur zum Schutz gutgläubiger Dritter, nicht dagegen für den gelten, der die Nichtigkeit gekannt hat (RGZ. 89, 163), und soll auch nicht gegen Gesellschafter wirken, die sich infolge fehlender Geschäftsfähigkeit nicht wirksam haben verpflichten können (RGZ. 145, 159). Diese Ergebnisse beruhen auf langjähriger Rechtsprechung (RGZ. 142, 98 ff. mit Angabe der früheren Entscheidungen) und sind im ganzen auch von der Wissenschaft gebilligt worden (z. B. Wieland, „HandelsR." I, 530). Sie sind vor allem für die OHG. und KommGes. entwickelt, aber schließlich auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt worden, und zwar nicht nur für die Anfechtung, sondern mit besonderer Begründung auch für die eigentliche Nichtigkeit, wie z. B. bei Sittenwidrigkeit des Gesellschaftsvertrages (RG.: JW. 1933, 1996 m. Anm. v. Titze; anders für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft noch RGZ. 127, 191). Anklänge an diese Grundsätze finden sich in fremden Rechten, z. B. in der société de fait des französischen, der società irregulare des italienischen und der de facto-corporation des englisch-nordamerikanischen Rechts (vgl. die Angaben bei Siebert, „Die faktische Gesellschaft" i. d. Festschr. f. Hedemann [1938] S. 266 ff.).

Indem man aus Zweckmäßigkeitsgründen wenigstens für das Außenverhältnis eigene Wege gefunden hat, ist man in der Gesamtlösung zu einem Zwiespalt gelangt, der für das Innenverhältnis praktische Schwierigkeiten nicht vermieden hat und auch theoretisch befremden muß. Denn weder ist er aus sich heraus zu rechtfertigen, noch läßt er sich mit den Vorschriften des BGB. vereinen, das eine nach innen und außen verschieden wirkende Nichtigkeit wenigstens in dieser Form nicht kennt. Der Versuch, das Problem im Innen- und Außenverhältnis einheitlich zu lösen, mußte daher nahe liegen. (Über Einzelheiten vgl. Lobedanz, „Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte", 1938).

## III. Die neuere Rechtsprechung

Die letzten Jahre haben in dieser Richtung weitergeführt. In der Rechtsprechung ist die Frage nach dem Innenverhältnis beim Anspruch auf die Rückforderung von Einlagen praktisch geworden. Das RG. hat im Fall einer Anfechtung (RG.: JW. 1935, 2617) dahin entschieden, daß der Gesellschaftsvertrag auch für die Gesellschafter untereinander „nicht ohne Wirkung" bleibe, wenn er „bereits in Vollzug gesetzt" sei, und nimmt an, er habe „dann jedenfalls tatsächlich ein Gemeinschaftsverhältnis unter den Gesellschaftern begründet", bei dem nicht jeder zurückfordern könne, was er eingebracht habe, und das nur im Wege ordnungsmäßiger Auseinandersetzung gelöst werden könne. Es kann nicht angenommen werden, daß man hier die Anfechtung schon grundsätzlich habe ausschließen wollen. Jedenfalls hat der gleiche Senat (2. ZivSen.) sie in einer späteren Entscheidung (JW. 1937, 1242) noch für zulässig gehalten: er hat den behaupteten Irrtumstatbestand in tatsächlicher Hinsicht nachgeprüft und den Gesellschaftsvertrag nur deshalb nicht für nichtig erachtet, weil der Irrtum nicht erheblich und die (also zulässige!) Anfechtung somit nicht begründet gewesen sei. Erst eine Entscheidung vom Jahre 1940 löst die Frage grundsätzlich anders (RGZ. 165, 198 ff. = DR. 1941, 633). Hier versagt das RG. für die OHG. und KommGes. ausdrücklich auch im Innenverhältnis die Möglichkeit, einen Gesellschaftsvertrag auf Grund von Willensmängeln anzufechten; es nimmt den schon in JW. 1935, 2617 ausgesprochenen Gedanken auf, daß die ins Leben getretene Gesellschaft jedenfalls tatsächlich eine Ge-

meinschaft unter den Gesellschaftern begründet habe, die nicht mehr ungeschehen zu machen sei und nicht unbeachtet bleiben könne und oft zahlreiche Rechtstatsachen hervorgerufen habe, welche sich gerade auch im Innenverhältnis auswirken sollten. Es wird ausgeführt, daß eine rückwirkende Auflösung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Gemeinschaft zu kaum lösbaren Schwierigkeiten, größter Rechtsverwirrung und unbilligen Ergebnissen führen müsse und alles dafür spreche, Willensmängel hier nur in der Rechtsform der Auflösung aus wichtigem Grunde (§ 133 HGB.) zu beachten. Dabei wird betont, daß Innen- und Außenverhältnis in engster Wechselbeziehung stehen und sich in ihren Wirkungen kaum trennen lassen. In die Gründe wird die Willensseite mit einbezogen, indem gesagt wird, die Gesellschafter haben, wenn sie einen Gesellschaftsvertrag in Vollzug gesetzt und zum Leben gebracht haben, damit im Grunde fortlaufend den Willen betätigt, ihre Beziehungen als ein zu Recht bestehendes Gesellschaftsverhältnis angesehen zu wissen (S. 205). Die Entscheidung verneint also anders als das Urteil in JW. 1935, 2617 nicht nur die Anfechtungsfolgen (im Hinblick auf die Auseinandersetzung!), sondern lehnt das Anfechtungsrecht des BGB. auch in seinen Voraussetzungen ab, indem es auf die Auflösung aus wichtigem Grunde verweist. — Diese Rechtsprechung ist in späteren Entscheidungen bestätigt worden, welche sich die angeführten Gründe ausdrücklich zu eigen machen (RG.: DR. 1941, 1943 = SeuffArch. 95 Nr. 57; RGZ. 166, 59; RG.: DR. 1942, 275).

Die genannten Urteile befassen sich nur mit der Frage der Anfechtung und äußern sich nicht darüber, wie es für das Innenverhältnis mit den Normen über die Nichtigkeit steht. Hierbei ist folgendes zu beachten: Für das Außenverhältnis ist bereits entschieden worden, daß sich die Gesellschafter einer ins Leben getretenen Gesellschaft auch auf die Nichtigkeit jedenfalls dann nicht berufen können, wenn diese in ihren Beziehungen untereinander oder zu Dritten begründet ist, wie das z. B. regelmäßig im Fall des § 138 BGB. zutrifft (RG.: JW. 1933, 1996; RGZ. 123, 104 ff.). Da das RG. die engen Wechselbeziehungen im Innen- und Außenverhältnis so stark hervorhebt und die Anfechtungsfrage nach innen und außen bewußt einheitlich beantwortet, ist nicht anzunehmen, daß es in Zukunft bei der Nichtigkeit für das Innenverhältnis anders entscheiden wird als für das Außenverhältnis. Das ist um so unwahrscheinlicher, als auch die nichtige Gesellschaft, wenn sie ins Leben getreten ist, Rechtstatsachen schafft und die Schwierigkeiten und Rechtsverwirrungen nicht anders sein würden wie in den Anfechtungsfällen. Allerdings wird man die Nichtigkeitsgründe nicht unbeachtet lassen können, worüber noch zu reden sein wird.

Im Ergebnis lehnt also die neuere Rechtsprechung die Anfechtung von Gesellschaftsverträgen, die in Vollzug gesetzt sind, klar und deutlich ab. Für die Nichtigkeit läßt sie entsprechende Schlußfolgerungen zu, so daß die Gesellschafter im allgemeinen auch hier auf die Auflösung aus wichtigem Grunde zu verweisen sind. Die hier gestellte besondere Frage, ob in derartigen Fällen von gültigen Gesellschaftsverhältnissen oder gar gültigen Gesellschaftsverträgen gesprochen werden kann und entsprechenden Feststellungsklagen stattzugeben ist, wird nicht beantwortet, da die betreffenden Urteile keinen Anlaß hatten, die positive Bedeutung derart mangelhafter Verträge zu untersuchen. Es ist von einem „nur tatsächlichen Gesellschaftsverhältnis", einer „sog. de-facto-Gesellschaft" die Rede (RGZ. 166, 59), und wird von einer „faktischen oder Scheingesellschaft" gesprochen und so zum Ausdruck gebracht, daß eben doch kein normales und unangreifbares Gesellschaftsverhältnis vorliegt. Wendungen dahin, daß man sich auf die Nichtigkeit nicht berufen könne, sie anderen „nicht entgegenhalten könne" (RGZ. 165, 204), könnten darauf schließen lassen, daß doch etwas nicht Vollgültiges und jedenfalls ein besonderer Sachverhalt gegeben ist, der von der Regel abweicht. Entscheidendes läßt sich aber diesen Formgebungen nicht entnehmen. Auch die mehr auf das Praktische und auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestellten Gründe geben keine sicheren Anhaltspunkte, sondern zwingen dazu, der grundsätzlichen Seite des Problems noch weiter nachzuspüren. Hier hat das neue wissenschaftliche Schrifttum fruchtbare Ansätze geschaffen, das jedoch insoweit außer Betracht bleiben kann, als es nur die Rechtsprechung wiedergibt und sich deren Gründe, wenn auch zum Teil mit gewissen Erweiterungen, zu eigen macht (so neuere Kommentare, z. B. RGRKomm. z. HGB. § 105 Anm. 73 ff.; Schlegelberger-Geßler, „HGB.", § 105 Anm. 61, 62; letzterer mit veränderter Stellungnahme in SozPrax. 1941, 142).

### IV. Wissenschaftliche Lehrmeinungen

Die Nichtigkeit und Anfechtung ist nicht nur für das Gesellschaftsrecht, sondern im breiteren Rahmen als eine der Fragen behandelt worden, welche beim Neubau des volksgenössischen Rechts von allgemeinerer Bedeutung sind. Es handelt sich um ein Gebiet des „Allgemeinen Teils", der einst als kennzeichendster Niederschlag der abstrakt-dogmatischen Pandektenwissenschaft des vorigen Jahrhunderts und „Glanzstück" des BGB. nicht nur in Deutschland, sondern weit darüber hinaus bewundert, aber heute einer starken Kritik ausgesetzt worden ist; im neuen Volksgesetz wird er nicht wiederkehren (vgl. Hedemann, „Das Volksgesetzbuch der Deutschen" [1941] S. 28 ff.) und im Vorlesungsplan der deutschen Hochschulen ist er schon heute verschwunden. Man hat erkannt, daß der Gedanke, Vorschriften auszuklammern und voranzustellen, die für alle Teile eines Gesetzes gelten sollen, die Gefahr mit sich bringt, zu stark zu abstrahieren und zu verallgemeinern. Dieser Gefahr ist das Gesetz mit zu farblosen Allgemeinbegriffen wie dem der „Person" (lebende Menschen, Vereine und gar Stiftungen umfassend!), der „Rechtsfähigkeit", der „Willenserklärung", des „Rechtsgeschäfts" usw. und in allgemeinen Vorschriften nicht entgangen, die es daran geknüpft hat (vgl. hierzu Siebert, „BGB.-System und völkische Ordnung"; Dt. Rechtswiss. 1936, 204 ff.). Diesen zu abstrakt gestalteten Bestimmungen gehören auch die Sätze über die Nichtigkeit und Anfechtung an. Die dabei grundlegende Vorstellung einer von Anfang an bestehenden oder auf den Erklärungszeitpunkt zurückbezogene Nichtigkeit (§ 142 BGB.) ist wohl bei Austauschgeschäften möglich, bei denen man die empfangenen Leistungen zurückgeben und damit wesentlich den Zustand herstellen kann, der vor dem Vertragsschluß bestanden hat. Sie läßt sich aber vor allem für Gemeinschaftsverhältnisse nicht durchführen, in denen menschliches Zusammenleben und -wirken Rechtstatsachen geschaffen hat, die sich nicht ungeschehen machen lassen, wie wenn sie nicht gewesen wären. Diese Erkenntnisse haben sich heute in verschiedenen Gebieten durchgesetzt. Die Gesetzgebung hat sie im Eherecht berücksichtigt, indem sie die Anfechtung der Ehe mit ihrer Vorstellung einer rückwirkenden Ehevernichtung (§ 1343 BGB.) zugunsten der „Eheaufhebung" verlassen hat, welche die Ehe, wie die Scheidung, nur für die Zukunft auflöst (§ 42 EheG.). Sie ist im neuen Arbeitsrecht bei allem Streit über das Arbeitsverhältnis zur Herrschaft gelangt und hat Eingang in den Gesetzentwurf der Akademie für Deutsches Recht über das Arbeitsverhältnis (1938) gefunden (§§ 9 ff. Entw.; vgl. Siebert, „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit" [1935], insbesondere S. 99; Hueck, „Deutsches Arbeitsrecht" [1938] S. 89 ff.; Nikisch, „Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis [1941] S. 91 ff.).

Auch im Gesellschaftsrecht haben diese Grundsätze nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch die heute herrschende wissenschaftliche Lehre dazu geführt, sich von der Nichtigkeit und Anfechtung des Allgemeinen Teils mehr oder weniger zu lösen (z. B. Siebert: Dt. Rechtswiss. 1936, 228 ff.; ders., „Festschrift f. Hedemann", 266 ff.; Würdinger, „Gesellschaften" I, 44 ff.; Haupt, „Gesellschaftsrecht" [2. Aufl.] S. 24; Jul. von Gierke, „Handelsr." II [1941] S. 44; Schumann, „Gesellschaften" [im Sammelwerk „Die Handelshochschule" I S. 27 ff.; RGRKomm. z. HGB. § 105 Anm. 77 ff.; Schlegelberger-Geßler, § 105 HGB. Anm. 61, 62). Man ist im einzelnen verschiedene Wege gegangen, die

in ihren Hauptrichtungen von ihrer jeweiligen Stellungnahme zur Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses bestimmt werden. Für die hier gestellte Frage nach der „Gültigkeit“ von Gesellschaften mit Mängeln im Gesellschaftsvertrage sind die entstandenen Theorien insofern bedeutsam, als sie dem Willenselement für die Gesellschaftsbildung unterschiedliche Bedeutung beimessen. Denn je nachdem, ob man einen „Gesellschaftsvertrag“ und die darin enthaltenen „Willenserklärungen“ als wesentlich ansieht oder nicht, wird man den Einfluß von Vertrags- und Willensmängeln anders bewerten. Wer die Willenserklärung nicht für entscheidend hält, könnte geneigt sein, Gesellschaften auch bei solchen Mängeln als „gültig“ anzusehen und auf eine Feststellungsklage demgemäß zu erkennen. Eine vor allem von Siebert vertretene Lehre (vgl. obige Angaben) sieht — ähnlich wie er das für das Arbeitsverhältnis annimmt — das Entscheidende nicht in den Willenserklärungen der Beteiligten, sondern darin, daß sie sich tatsächlich zu einer Aufgabe vereinen und die lebendige Einheit und Ordnung einer der Wirklichkeit angehörenden Gemeinschaft herstellen. Sie nimmt eine eigene „körperschaftliche Schöpfungshandlung“ an, die gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht des BGB. aus ihrem Ziel und Wesen heraus eine innere Selbständigkeit aufweist und glaubt damit auch die Gegenüberstellung einer „vertraglichen“ und „tatsächlichen“ Gesellschaft überwinden zu können (Festschr. Hedemann S. 270). Von diesem Standpunkt aus würden die rechtsgeschäftlichen Vorschriften des BGB. von selbst unanwendbar sein. — Demgegenüber hält die herrschende Lehre das Willenselement für maßgebend, indem sie teilweise einen eigentlichen Gesellschaftsvertrag bejaht (für die Personalgesellschaften wohl herrschend) oder der Gierkeschen Theorie vom Gesamtakt folgt, die, vor allem für die Körperschaften entwickelt, keinen Vertrag, sondern eine eigenartige Vereinigung nebeneinanderlaufender, gleichgerichteter Erklärungen annimmt, welche aber jedenfalls von den Nachfolgern Gierkes als „einseitige Rechtsgeschäfte“ bezeichnet werden (Otto v. Gierke, „Genossenschaftstheorie“ [1887] S. 114 ff.; Dt. Privatr. I, § 63; H. E. Feine „Die GmbH.“ [Handbuch d. ges. Handelsr. III, 1] S. 162). Obschon es bei Annahme einer Willenserklärung geboten wäre, die Vorschriften des BGB. über Rechtsgeschäfte anzuwenden, hat die Theorie vom Gesamtakt dies von vornherein abgelehnt, indem sie die besondere Natur der Gesellschaftsbildung betont hat, ein Ergebnis, zu dem die neueren Vertreter der Vertragstheorie — im einzelnen voneinander unterschieden — aus entsprechenden Erwägungen kommen (vgl. die Angaben bei Würdinger, Haupt, Jul. v. Gierke, Schumann).

### V. Wertung der Meinungen

Wie meist, so dürfte man auch hier das Richtige am besten erkennen, wenn man, ohne von theoretischen Zielen voreingenommen zu sein, vom Leben selbst ausgeht. Rechtstatsächlich gesehen läßt sich eines nicht bestreiten: die große Masse von Gesellschaftsverhältnissen beruht darauf, daß die Gesellschafter einander mit rechtsverbindlich gewollter und von der Rechtsordnung auch so anerkannter Absicht versprechen, sich gesellschaftlich zusammenzuschließen, und dieses Versprechen seinem Inhalt gemäß ausführen, indem sie die Gesellschaft tatsächlich bilden, ihr die vorgesehene Form geben und die gemeinsame Tätigkeit aufnehmen. Dabei werden einer oder einzelne den Vorschlag der Vereinigung machen, den die übrigen dann annehmen, so daß das Ganze von einer Einigung der Gesellschafter ausgeht. Will man diesen Vorgang rechtlich werten und legt man die Rechtsbegriffe zugrunde, welche in der heutigen Gesetzgebung gelten, so ist es das Gegebene, ihn als Vertrag zu bezeichnen. Denn, da hier inhaltlich verschiedene (wenigstens eine in Form eines Antrages!), aber einander entsprechende Willenserklärungen abgegeben werden, die sich auf einen einheitlichen Rechtserfolg zusammenfinden (H. Lehmann, Allgemeiner Teil [4. Aufl.] S. 145), sind die allgemeinen Merkmale des Vertrages gegeben. Die Annahme eines „Gesellschaftsvertrages“ ist unschädlich, wenn man sich in der Rechtsanwendung vom abstrakten Vertragsbegriff löst und berücksichtigt, daß es verschieden geartete Verträge gibt, die jeweils eigene Regeln erfordern, und wenn man den Gesellschaftsvertrag als einen „Organisationsvertrag“ (Würdinger, „Gesellschaftsrecht“ I, 42) entsprechend seiner Eigenart behandelt, die es verbietet, das allgemeine Vertragsrecht des BGB. unbedingt anzuwenden. — Gegenüber diesem Regelfall der „vertraglichen Gesellschaft“ ist nicht zu verkennen, daß Gesellschaften bestehen können, welche die vertragliche Grundlage nicht besitzen, weil wesentliche Voraussetzungen des Vertrages fehlen oder Willensmängel vorhanden sind, welche das Recht geben, ihn anzufechten, und aus denen somit keine Ansprüche hergeleitet werden können, den Vertrag zu vollziehen. Gleichwohl können sich die Beteiligten, vielleicht in Unkenntnis der Rechtslage, doch vereinigt, die Gesellschaft ins Leben gerufen und damit Rechtstatsachen geschaffen haben, die, wie schon ausgeführt ist, nicht ungeschehen zu machen sind und von der Rechtsordnung irgendwie beachtet werden müssen. Neben die „vertragliche Gesellschaft“ tritt daher die „faktische Gesellschaft“ mit ihren Zweifelsfragen. Die so vorhandene Gegenüberstellung von rechtsgeschäftlicher und faktischer Gesellschaft erwächst damit aus den Lebenstatsachen von selbst, so daß man sie nicht als ein Gebilde abstrakt-theoretischen Denkens ansehen und verurteilen kann. Siebert, der sie überwinden möchte, kommt — allerdings von der gleichen Ebene aus — doch ebenfalls dazu, die „fehlerfreie“ und „fehlerhafte“ Gesellschaft zu unterscheiden und hierbei die Mängel bei der Einigung der Gesellschafter zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist das wegen der verschiedenen Wirkungen auch nur natürlich, welche sich für den Fortbestand der Gesellschaft in beiden Fällen ergeben müssen. Im einzelnen ist folgendes zu sagen.

1. Die vertragliche Gesellschaft. Hier ist es das Natürliche, die im Gesellschaftsverhältnis enthaltenen Rechtsfolgen, im besonderen die Rechte und Pflichten der Gesellschafter auf den Vertrag und das zurückzuführen, was man sich darin versprochen hat. Dies dürfte der allgemeinen Rechtsauffassung am ehesten entsprechen, und es würde dem nicht verbildeten Volksgenossen nur schwer klarzumachen sein, daß sich seine gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten, obwohl sie im Gesellschaftsvertrage eingehend verzeichnet sind, nicht in erster Linie auf diesen Vertrag, sondern auf die bloße Tatsache der gemeinsamen Tätigkeit gründen sollen. Die bindende Kraft des Versprechens wird jeder verstehen, sie entspricht uralter Rechtsanschauung und ist gerade auch im alten deutschen Recht geläufig gewesen, welches mit dem Satz „Ein Mann ein Wort“ das Wesentliche ausgedrückt hat und welches im Wortbruch einen Treubruch gesehen hat. Auch die nationalsozialistische Rechtswissenschaft leugnet die rechtserzeugende Kraft der vertraglichen Erklärung nicht und sieht in ihr mit Recht ein „Gestaltungsmittel der völkischen Ordnung“ (vgl. Larenz, „Vertrag und Unrecht“ I, 32). Daß neben dem Vertrag die Tatsache des Zusammenschlusses und Aufnahme der gemeinsamen Betätigung selbst unerheblich sei, wird damit nicht behauptet. Im Gegenteil! Die Aufnahme der lebendigen Arbeitsgemeinschaft vollendet erst das Vereinbarte und verdichtet die unter den Beteiligten entstehenden Rechtswirkungen erst in der Weise, daß von nun an der Vertrag nicht mehr rückwirkend aufgehoben werden kann; sie verfestigt das geschaffene Rechtsverhältnis so sehr, daß es jetzt nur noch für die Zukunft lösbar ist. Der Vollzug wirkt jedoch nicht so, daß der Vertrag von da an gewissermaßen als wesenlose Hülle wegfiele und die Wirkungen des Gesellschaftsverhältinisses nicht mehr darauf, sondern allein auf seinen tatsächlichen Bestand bezogen werden könnten. Es fließen gleichsam zwei Ströme zusammen, die nun vereint das Leben der Gesellschaft speisen und ihren Inhalt bestimmen.

2. Die faktische Gesellschaft. Hier fehlt eine Einigung, an welche sich die normalen Rechtsfolgen knüpfen, sei es, daß ein Einigungstatbestand überhaupt fehlt, sei es, daß er äußerlich vorliegt, aber die Rechtsordnung ihm die bindende Kraft von vornherein versagt oder es zuläßt, ihn anzufechten. Wenn hier mit dem

Vollzug der Gesellschaft gleichwohl ein nach außen und innen wirkendes Gesellschaftsverhältnis eintritt, so kann dieses in seinen Rechtsfolgen nicht auf dem Vertrag, sondern nur in der Tatsache der gesellschaftlichen Betätigung beruhen. Sie allein ist hier der Strom, aus dem das Gesellschaftsverhältnis gespeist wird, und es wäre grundsätzlich verkehrt, hier den Willen der Beteiligten mit einzusetzen, wie es das RG. in RGZ. 165, 205 tut; denn der Wille wird, soweit er im „Vertrage" enthalten ist, nicht wirksam, und ist, soweit er aus der Betätigung der Gesellschaft gefolgert werden kann, gegenüber der Tatsache dieser Lebensbetätigung unerheblich. Obschon die faktische Gesellschaft der vorgesehenen vertraglichen Gesellschaft äußerlich ganz gleichen kann, weil man den fehlerhaften Vertrag erfüllt hat und der Bewucherte seine Einlage geleistet und seinen Namen in die Firma gegeben hat, wäre es ein Trugschluß, wollte man daraus auf einen wirksamen Vertrag zurückschließen. Nicht weil ein wirksamer Vertrag vorliegt, sondern obwohl kein wirksamer Vertrag vorhanden ist, besteht eine Gesellschaft; sie mag in ihrem Aussehen dem Vertrage entsprechen, zeigt diesen Inhalt aber nicht, weil er wirksam geworden ist, sondern nur, weil man sie rein tatsächlich gesehen nach seinem Muster gestaltet hat, was aber anders als beim wirksamen Vertrage keiner der Beteiligten hätte verlangen können. Bis zum Vollzug der Gesellschaft ist nichts da, was es rechtfertigen könnte, trotz des fehlerhaften Vertrages, ein Gesellschaftsverhältnis zu bejahen. Mit Recht wird daher angenommen, daß bis dahin die allgemeinen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtung anzuwenden sind; hier passen sie in ihren Grundgedanken, und es spricht nichts dagegen, sie gelten zu lassen. — Entsprechendes ist dann zu sagen, wenn eine Vereinigung geschaffen ist, welche das Recht als solche nicht anerkennt. Ist nicht nur der Gesellschaftsvertrag mangelhaft, sondern wird die Tatsache des Zusammenschlusses selbst mißbilligt, weil damit verbotene oder volksschädliche Zwecke verfolgt werden (Schmuggelei, Schleichhandel, Devisenschiebung u. ä.), so besteht kein Anlaß, gesellschaftsrechtliche Wirkungen eintreten zu lassen und das Bestehen einer Gesellschaft bis zu einem womöglich erst nach langer Zeit ergehenden Auflösungsurteil zu bejahen (in diesem Sinne auch Haupt, „Gesellschaftsrecht", 2. Aufl., S. 26). Hier trifft der Gedanke der Nichtigkeit von Anfang an das Richtige, und die Gesellschaft ist als nichtig, vielleicht — im Anklang an die sog. „Nichtehe" des Eherechts — noch schärfer, wenn auch sprachlich unschön, als „Nichtgesellschaft" zu bezeichnen.

Ist jedoch eine Gesellschaft in Vollzug gesetzt, die als Rechtstatsache nicht zu beanstanden ist, und liegen die Mängel nur im Vertragsschluß, so ist sie als „faktische Gesellschaft" wirksam. Sie ist eine Gesellschaft ohne Gesellschaftsvertrag und entspricht den Tatbeständen, welche Haupt als „Vertragsverhältnisse" kennzeichnet, die „nicht durch Vertragsschluß, sondern durch tatsächliche Vorgänge begründet werden", und die er, im Ausdruck vielleicht nicht glücklich (weil eben doch auf einen Vertrag deutend), „faktische Vertragsverhältnisse" nennt (Festschr. d. Leipz. Juristenfakultät f. Siber, Heft 124 d. Leipz. Rechtswiss. Studien). Sie sind vorerst nicht anders zu behandeln als die „vertragliche Gesellschaft", dürfen ihr aber doch nicht völlig gleichgesetzt werden, da sie anders als letztere infolge der Vertragsmängel unter Umständen von vornherein den Keim späterer Vernichtung in sich tragen — ähnlich wie die mit einem Aufhebungsgrund belastete Ehe. Während die auf einem wirksamen Vertrag beruhende Gesellschaft aus Mängeln des Gründungshergangs nicht angegriffen werden kann, liegt bei der faktischen Gesellschaft gerade da der kritische Punkt. Diese Mängel machen sie zwar nicht von Anfang an oder rückwirkend „nichtig", können aber wichtige Gründe darstellen, um sie für die Zukunft aufzulösen; beim sittenwidrigen, wucherischen und betrügerischen Vertrag sowie im Fall der Drohung wird das regelmäßig zutreffen, möglicherweise aber auch beim rechtserheblichen Irrtum; in allen diesen Fällen ist aber die Frage des „wichtigen Grundes" anders als bei der Anfechtung nicht nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern von den Verhältnissen zur Zeit des Auflösungsbegehrens aus zu beantworten (vgl. dazu auch RGZ. 165, 193 ff., insbes. S. 206, 207).

3. Die Frage der Gültigkeit der faktischen Gesellschaft. Da die faktische Gesellschaft gesellschaftsrechtliche Wirkungen hat und bis zu ihrer etwaigen Auflösung im Innen- und Außenverhältnis der vertraglichen Gesellschaft gleich behandelt wird, fragt es sich, ob man sie als „gültig" bezeichnen soll. Daß diese Feststellung nicht ohne weiteres auch den dabei zugrunde liegenden fehlerhaften und aus sich nicht verbindlichen „Gesellschaftsvertrag" erfaßt, sondern sich auf das faktische Gesellschaftsverhältnis als solches beschränkt, braucht nach dem, was gesagt ist, nicht mehr begründet zu werden. Dieser Vertrag wird nicht gültig, selbst wenn die Gesellschaft ganz nach seinem Inhalt in Vollzug gesetzt wird. — Die Gültigkeit des faktischen Gesellschaftsverhältnisses selbst zu bejahen, ist dann unbedenklich, wenn die Vertragsmängel nicht so schwer wiegen, daß sie noch gegenwärtig einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft darstellen, die dann aus dem Gründungsvorgang ebensowenig angegriffen werden kann wie eine Gesellschaft, der ein fehlerfreier Vertrag zugrunde liegt, und die darum die gleiche Kraft für die Zukunft besitzt wie letztere.

Zweifel bestehen nur dann, wenn Vertragsmängel vorliegen, welche noch gegenwärtig einen wichtigen Auflösungsgrund bedeuten. Die Entscheidung, ob derartige, aus dem Errichtungsvorgang heraus angreifbare Gesellschaftsverhältnisse als gültig zu bezeichnen sind, hängt von der Bedeutung ab, die man dem Wort „gültig" gibt. Das BGB. verwendet den Ausdruck an zahlreichen Stellen als Gegensatz von „nichtig" (§§ 122, 141, 307, 308, 313, 1324—1328, 1699, 2230), wobei die Nichtigkeit auch das wirksam angefochtene Geschäft umfaßt (§§ 122, 1342 II), vereinzelt auch als Gegensatz zu dem weitergehenden Begriff „unwirksam" (§ 2360 II), so daß man geneigt sein könnte, darin nicht den bejahenden Ausdruck für etwas Beständiges, auf die Dauer Wirksames, sondern farbloser nur die Verneinung der Unwirksamkeit zu sehen (so Staudinger-Riezler, Einl. vor §§ 104 ff. Anm. 28, noch enger Hellmann in der daselbst angeführten Schrift, der darin nur den Gegensatz zu „nichtig" sehen will). Geht man hiervon aus, so hätte man auch die Geschäfte als „gültig" zu bezeichnen, die fehlerhaft und wegen ihrer Fehler auch auflösbar, aber bis zu ihrer Auflösung doch wirksam sind. Ein Beispiel würde das anfechtbare Geschäft bilden, bei dem man sich aber doch scheut, es schlechthin als gültig zu benennen; man spricht hier von einem Geschäft, das „an sich gültig", „vorläufig gültig" ist (Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 190 I, II), das „zunächst" wirksam ist oder bezeichnet die Anfechtbarkeit — von der Seite der Entkräftbarkeit gesehen — als eine „auf den Willen eines bestimmten Beteiligten gestellte Nichtigkeit" (Heinrich Lehmann, Allg. Teil § 27 II, 2), spricht also von einer Gültigkeit nur mit einem starken „aber" dahinter. Bei der Unklarheit in der Rechtssprache sollte man das allgemeine Sprachgefühl entscheiden lassen. Das aber dürfte mit dem Wort „gültig" nicht nur die vorläufige, schon den Keim späterer Vernichtung bergende Geltung darin sehen, sondern nur diejenige, welche für die Zukunft beständig ist und jedenfalls nicht schon aus der Entstehungsgrundlage heraus bedroht ist. Daher sollte man den Ausdruck für alle die Geschäfte ausschließen, die in ihren Voraussetzungen fehlerhaft sind und deren Bestand wegen dieses Fehlers noch nicht sicher ist, gleichgültig ob die mögliche Auflösung wie bei der Anfechtung auf den Geschäftsabschluß zurückbezogen wird oder wie bei der faktischen Gesellschaft nur für die Zukunft wirkt. Dieser Sprachgebrauch hat jedenfalls den Vorteil, daß man es mit seiner Hilfe vermeidet, entgegen dem natürlichen Rechtsgefühl den Ausdruck „gültig" für Verträge zu verwenden, die betrügerisch, wucherisch oder auf andere Art sittenwidrig und darum angreifbar und auflösbar sind und die vom Recht im Ergebnis als unrechte Verträge bewertet werden.

VI. Folgerungen für das Feststellungsbegehren. Nach den vorstehenden Ausführungen ist zu unterscheiden:

1. Ist ein Gesellschaftsvertrag in Vollzug gesetzt worden, der fehlerfrei ist, so ist sowohl der Vertrag wie das darauf beruhende Gesellschaftsverhältnis „gültig“. Bestreitet ein Gesellschafter das, so kann im Rechtsstreit ein Feststellungsurteil nach entsprechender Beweisaufnahme dahin erkennen.

2. Ist der Gesellschaftsvertrag fehlerhaft und die beabsichtigte Gesellschaft noch nicht in Vollzug gesetzt, so sind die allgemeinen Vorschriften des BGB. anzuwenden und der Vertrag ist entweder nichtig oder anfechtbar. Ein gültiger Gesellschaftsvertrag kann ebensowenig festgestellt werden wie ein gültiges Gesellschaftsverhältnis. Eine Feststellungsklage mit dem gegenteiligen Antrag ist abzuweisen.

3. Ist der Gesellschaftsvertrag fehlerhaft und darüber hinaus auch die Gesellschaft als solche unzulässig, weil das Recht derartige Zusammenschlüsse überhaupt verwirft, so begründet auch der Vollzug der „Gesellschaft“ kein Gesellschaftsverhältnis. Wie der Gesellschaftsvertrag ist auch das Gesellschaftsverhältnis nichtig. Es liegt eine „Nichtgesellschaft“ vor. Eine Klage, welche erstrebt, die Gültigkeit festzustellen, ist nach entsprechender Beweisaufnahme abzuweisen.

4. Ist der Gesellschaftsvertrag fehlerhaft, aber eine Gesellschaft in Vollzug gesetzt, die als solche zulässig ist, so ist der Tatbestand der faktischen Gesellschaft gegeben. Sie ist gültig, wenn die Vertragsmängel keinen wichtigen Auflösungsgrund bedeuten, eine Feststellung, welche nur das Gesellschaftsverhältnis als solches, nicht ohne weiteres auch den „Gesellschaftsvertrag“ betrifft. Sie ist nicht gültig, wenn und solange der Vertragsmangel einen wichtigen Auflösungsgrund bietet und den Bestand der Gesellschaft bedroht, obschon die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im Sinne des BGB. auch hier zu verneinen ist. Dagegen kann — anders als bei der „Nichtgesellschaft“ — das tatsächliche Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses (nicht auch eines Gesellschaftsvertrages) ohne gleichzeitige Wertung seiner Gültigkeit festgestellt werden; die Beweisaufnahme hat sich hier darauf zu beschränken, ob tatsächlich eine Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist; da zweifelhaft sein kann, ob ein Feststellungsinteresse für ein derart farbloses Urteil vorliegt, wird der Richter diese Voraussetzung des § 256 ZPO. besonders sorgfältig zu prüfen haben. Ebenso kann bei dem nötigen Feststellungsinteresse dahin erkannt werden, daß es „unzulässig“ ist, sich auf eine Nichtigkeit oder Anfechtung zu berufen; die Anfechtung „als unbegründet“ zu bezeichnen (so RG.: DR. 1941, 1943), führt irre, da das auf eine Entscheidung deutet, die mehr feststellt, als daß der formale Weg der Anfechtung aus Rechtsgründen verschlossen ist.

Wendet man diese Ergebnisse auf den an die Spitze gestellten Fall an, in dem ein Gesellschafter darauf geklagt hat, „die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages der Parteien festzustellen“, so ergibt sich folgendes: Zunächst wird der Richter gem. § 139 ZPO. klären müssen, was der Klageantrag wirklich erstrebt. Bei der Schwierigkeit der hier maßgebenden Rechtsfragen kann es leicht sein, daß die Form des Antrages die eigentliche Absicht des Klägers nicht richtig ausdrückt. Trifft das zu, so muß der Richter auf die sachdienlichen Anträge hinwirken. Unter allen Umständen muß er ein Urteil vermeiden, welches nicht über das entscheidet, worüber die Parteien wirklich streiten und welches darum nur neue Klagen zur Folge haben würde. Der hier gestellte Antrag kann wörtlich zu verstehen sein, er kann aber statt der Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages diejenige des danach gestalteten Gesellschaftsverhältnisses meinen oder gar nur das tatsächliche Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses i. S. einer faktischen Gesellschaft betreffen. Am nächsten liegt es, ihn in dem zweiten Sinne auszulegen: eine Entscheidung nur über den Gesellschaftsvertrag würde den Streit noch nicht enden, da eine Ungültigkeit des Gesellschaftsvertrages die Gültigkeit des Gesellschaftsverhältnisses nicht ausschließen würde, weil eine unangreifbare „faktische Gesellschaft“ entstanden sein könnte; andererseits würde die bloße Feststellung einer faktischen Gesellschaft zwar die Berufung auf die Nichtigkeit und Anfechtung i. S. des BGB., nicht aber das Recht beseitigen, den etwa fehlerhaften Vertrag als wichtigen Auflösungsgrund zu verwerten.

Soll der Antrag wörtlich verstanden und tatsächlich über den Gesellschafts**vertrag** entschieden werden, so ist darüber Beweis zu erheben, ob der Vorwurf des Wuchers und Betruges zutrifft oder nicht. Tut er es, so ist die Klage abzuweisen, weil der Vertrag dann fehlerhaft und nicht gültig ist; ein Urteil gegen das tatsächliche Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses ist damit noch nicht gesprochen, das auch ohne gültigen Vertrag als faktisches Gesellschaftsverhältnis vorliegen, ja sogar „gültig“ sein kann, wenn die Mängel des Vertrages keinen gegenwärtigen wichtigen Auflösungsgrund mehr bilden. Treffen die Vorwürfe gegen den Gesellschaftsvertrag nicht zu und ist er nicht fehlerhaft, dann ist er gültig; aus dieser Feststellung würde sich zugleich die Gültigkeit des darauf begründeten Gesellschaftsverhältnisses ergeben.

Soll sich der Klageantrag auf das Gesellschaftsverhältnis als solches beziehen und will der Kläger seine Gültigkeit und Unangreifbarkeit in seinem derzeitigen Bestande festgestellt wissen, so wird der Abwehrantrag darauf gerichtet werden müssen, „die Gültigkeit der zwischen den Parteien in Vollzug gesetzten Gesellschaft“ festzustellen. Hier ist nachzuprüfen, ob die Gesellschaft wirklich in Vollzug gesetzt ist, und ferner über die Vorwürfe gegen den Gesellschaftsvertrag Beweis zu erheben, um festzustellen, ob Mängel vorliegen, welche einen wichtigen Grund bieten, die Gesellschaft aufzulösen. Sind derartige Mängel nicht vorhanden, so kann die Gültigkeit des Gesellschaftsverhältnisses festgestellt werden, im umgekehrten Falle ist die Klage abzuweisen.

Will der Kläger nur schlechthin das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses und nicht auch seine Gültigkeit feststellen lassen, wobei, wie gesagt, das Feststellungsinteresse ganz besonders zu prüfen wäre, so kann nach einem entsprechenden Klageantrag schon dann erkannt werden, wenn nur bewiesen wird, daß die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist. In diesem Falle wäre jedoch über das Bestehen wichtiger Aufhebungsgründe und damit über den eigentlichen Streit der Parteien nicht entschieden. Ist die Gesellschaft noch nicht in Vollzug gesetzt, dann würde sich der Streit auf die Frage der Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages verschieben, der in diesem Falle nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. zu beurteilen wäre.

---

# Zur Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Falle des Gesellschafterwechsels durch Allgemeine oder Sonderrechtsnachfolge

Von Reichsgerichtsrat a. D. Dr. Weipert, Leipzig

Durch den Tod eines Kommanditisten wird nach der Regel des § 177 HGB. die Gesellschaft nicht aufgelöst. Der Erbe des Verstorbenen tritt auf Grund allgemeiner Rechtsnachfolge an seiner Stelle als Kommanditist in die fortbestehende Gesellschaft ein. Aus dem Wesen der allgemeinen Rechtsnachfolge ergibt sich, daß der Erbe auch als Kommanditist in jeder Beziehung die Rechtsstellung seines Erblassers einnimmt, soweit nicht bestimmte Rechte und Pflichten nach dem Gesellschaftsvertrage nur an die Person des Verstorbenen gebunden sein sollten (wie etwa auf besonderen Eigenschaften des Verstorbenen beruhende Rechte und Pflichten, z. B. zur Leitung des technischen Betriebes des Unter-

nehmers). Der Erbe tritt namentlich in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers ein. Dessen Kapitalanteil, mag er aktiv oder passiv sein, geht auf den Erben über und bildet die Grundlage seiner Beteiligung. Der Erbe schuldet der Gesellschaft die noch nicht geleisteten Einlagen und haftet den Gesellschaftsgläubigern in gleicher Weise wie der verstorbene Kommanditist. Bis zur Höhe der Haftsumme haftet demnach der Erbe für die Gesellschaftsschulden, und zwar auch für die vor dem Erbfall entstandenen mit seinem ganzen Vermögen, nicht nur mit dem Nachlaß. Dieser Haftung kann er sich nur entziehen, wenn er die Erbschaft ausschlägt. Er kann nicht Erbe sein und nur die Beteiligung als Kommanditist ablehnen (vgl. Weipert: RGRKomm. z. HGB. § 177 Anm. 14). Er ist durch die Leistungen des Erblassers, insbesondere durch Leistung der Einlage, der Gesellschaft und nach § 171 Abs. 2 HGB., auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber in gleicher Weise befreit, wie der Erblasser durch seine Leistungen befreit war. Zurückzahlungen der Einlage, die an den Erblasser oder an ihn erfolgt sind, bewirken das Wiederaufleben der erloschenen Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB. Da der Erbe lediglich in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt, haftet er wie dieser als Kommanditist vom Erbfall an nur beschränkt. Er haftet nicht etwa bis zur Eintragung seiner Person ins Handelsregister, wie ein neu eintretender Dritter nach § 176 Abs. 2 unbeschränkt (RGRKomm. a. a. O. Anm. 15).

Bei der vorgeschriebenen Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters und des Eintritts eines anderen zum Handelsregister (vgl. § 162 Abs. 3 HGB.), die auch im Falle des Gesellschafterwechsels durch allgemeine Rechtsnachfolge zu geschehen hat, ist aber einzutragen (und demgemäß auch anzumelden), daß der neue Kommanditist „als Erbe“ des Ausgeschiedenen eingetreten ist; andernfalls würde bei den Gesellschaftsgläubigern der Anschein erweckt werden, als sei ein weiterer Kommanditist mit einer selbständigen Einlage eingetreten, oder der Erbe des bisherigen Kommanditisten habe sich neben seiner Beteiligung als Erbe selbständig mit einer weiteren Einlage beteiligt und hafte mit dieser besonders. Daß der Erbe in der angegebenen Weise vollständig in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt, und daß er sich durch Eintragung des Grundes seines Eintritts gegen eine Erweiterung der Haftung schützen kann, ist unbestritten (vgl. RG. 162, 266).

Was von der Rechtsnachfolge kraft Erbrechts gilt, muß auch von einer allgemeinen Rechtsnachfolge aus einem anderen Rechtsgrunde gelten. In Betracht kommt hier neben der Rechtsnachfolge aus dem ehelichen Güterrecht, z. B. aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder aus der Entstehung einer anderen Gütergemeinschaft familienrechtlichen Charakters, wie der Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft durch Ehevertrag, insbesondere die Rechtsnachfolge durch Verschmelzung von zwei Kapitalgesellschaften, wenn die übertragende Gesellschaft Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft ist (vgl. § 240 Abs. 3 AktG.), oder die Rechtsnachfolge durch Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft oder durch Übertragung ihres Vermögens auf den alleinigen oder Mehrheitsgesellschafter (vgl. § 4 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 [RGBl. I, 569] und die dazu ergangenen DurchfVO.) oder durch eine Vermögensübertragung auf den Staat oder auf einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (vgl. § 253 f. AktG.). Auch in diesen Fällen kann durch Eintragung des Grundes der Rechtsnachfolge im Handelsregister der Kommanditgesellschaft ersichtlich gemacht werden, daß es sich um eine fortbestehende Beteiligung und nur um einen Wechsel in der Person des Berechtigten, nicht um die Entstehung einer neuen selbständigen Beteiligung handelt.

Im Falle des Todes eines Kommanditisten oder eines dem Tode gleich zu erachtenden Ereignisses, z. B. einer Todeserklärung oder einer Feststellung des Todes eines Gesellschafters wegen Verschollenheit nach dem Gesetz v. 4. Juli 1939 (RGBl. I, 1186) über die Verschollenheit, die Todeserklärung und die Feststellung des Todes (VerschollenheitsG.) (vgl. RGRKomm. z. HGB. § 131 Anm. 26, § 177 Anm. 22), tritt der Erbe mit Eintritt des Erbfalls, also regelmäßig mit dem Tode des Kommanditisten, ohne weiteres an die Stelle des verstorbenen Kommanditisten, ohne daß es einer Eintrittserklärung des Erben oder einer Annahme des Eintritts durch die übrigen Erben bedarf (§ 922 BGB.; RGZ. 123, 289 [293] und 369; OLGR. 27, 338). Der Eintritt mit der Folge der völligen Gleichstellung mit dem Verstorbenen erfolgt auch gleichgültig, ob der Erbe durch das Gesetz oder durch letztwillige Verfügung berufen ist. Hat der verstorbene Kommanditist seine Beteiligung an der Gesellschaft jemandem als Vermächtnis zugewendet, so wird zunächst nach erbrechtlichen Grundsätzen der Erbe als allgemeiner Rechtsnachfolger Kommandistist und tritt in dieser Eigenschaft in die Rechtsstellung des Erblassers auch hinsichtlich der Schuldenhaftung und der Befreiung von der Haftung durch die Leistung der Einlage durch seinen Erblasser ein (vgl. RGZ. 162, 264 [266]). Er ist nur verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer auf dessen Verlangen die Kommanditbeteiligung zu übertragen. Der Erwerb der Beteiligung durch den Vermächtnisnehmer erfolgt auf dem Wege der Einzelrechtsnachfolge und durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (Abtretung der Beteiligung des Erben an den Vermächtnisnehmer) (vgl. RGRKomm. z. HGB. § 177 Anm. 10). Das Vermächtnis ist aber nur erfüllt, wenn der Vermächtnisnehmer ebenso wie der Erbe vollständig in die Rechtsstellung des Verstorbenen als Kommanditist eintritt. Es wäre auch kein Grund einzusehen, weshalb der Vermächtnisnehmer sich nicht ebenso wie der Erbe auf die durch Leistungen des Erblassers entstandene Schuldbefreiung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern berufen könnte, wenn er als Rechtsnachfolger im Handelsregister eingetragen ist. Der Erbe, der mit dem Erbfall vorübergehend Inhaber der Kommanditistenbeteiligung geworden ist, scheidet mit der Übertragung derselben auf den Vermächtnisnehmer vollständig aus. Seine Haftung ist durch die Leistung des Erblassers erloschen (vgl. RGZ. 162, 264 [266]). Er braucht sich auch nicht während der Schwebezeit eintragen zu lassen. Schlägt der Bedachte das Vermächtnis aus, so bleibt der Erbe endgültig Kommanditist und muß sich unter Angabe des Nachfolgeverhältnisses eintragen lassen.

## II.

Bestritten ist, ob der Rechtsnachfolger in eine kommanditistische Beteiligung sich auch dann auf die Befreiung von der Haftung durch eine Einlageleistung seines Rechtsvorgängers berufen kann, wenn er ohne Zusammenhang mit einem Erbfall, also dadurch Kommanditist geworden ist, daß der bisherige Kommanditist durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden seine Beteiligung auf ihn übertragen hat. Erfolgt ein Neueintritt ohne rechtlichen Zusammenhang, wenn auch gleichzeitig mit dem Ausscheiden eines anderen Kommanditisten etwa deshalb, weil die übrigen Gesellschafter als Ersatz für den Ausscheidenden durch Vertrag mit einem Dritten diesen als Kommanditisten aufgenommen haben, so folgt natürlich die Haftung des Ausscheidenden und des Neueintretenden ihren besonderen Regeln und ist ebenso zu beurteilen, wie wenn zuerst der eine ausgeschieden und zufällig später ein anderer neu eingetreten ist. Der Neueingetretene wird durch Leistungen des anderen nicht von seiner eigenen Haftung befreit. Die etwa durch Leistungen des Ausgeschiedenen erfolgte Befreiung des Ausgeschiedenen kann durch den Neueintritt oder durch Rückzahlungen an den neuen Gesellschafter nicht aufgehoben werden. Tritt dagegen ein Kommanditist seine Beteiligung durch reines Rechtsgeschäft unter Lebenden an eine andere Person ab, und zwar an einen Dritten, der bisher nicht Gesellschafter war, oder an einen anderen Kommanditisten, dessen Beteiligung sich damit erhöht, so soll nach der herrschenden Lehre schon in der bloßen Umbuchung des Kapitalanteils des Ausscheidenden auf den neuen Kommanditisten oder denjenigen, der die Beteiligung des Ausscheidenden ganz oder teilweise hinzuerwirbt, auch wenn weder an den Ausscheidenden noch an den, der an seine Stelle tritt, irgendeine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen geschieht, der Ausscheidende vielmehr seine Abfindung lediglich aus dem Privatvermögen seines Rechtsnachfolgers erhält, eine Rückzahlung der von dem Ausscheidenden bereits ganz oder teilweise geleisteten

Einlage im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB. liegen. Die herrschende Lehre zieht daraus den Schluß, daß durch die Übertragung des Kapitalanteils des Ausscheidenden auf den Neueintretenden zwar dieser seine Einlage geleistet habe und dadurch in Höhe der geleisteten Einlage nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB. von der unmittelbaren Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern frei werde, daß aber die Haftung des Ausscheidenden nach § 172 Abs. 4 HGB. wieder auflebe, so daß er von den zur Zeit seines Ausscheidens vorhandenen Gesellschaftsgläubigern in Höhe seiner vertragsmäßigen und im Handelsregister eingetragenen Einlage in Anspruch genommen werden könne. Der Ausscheidende müßte danach noch auf alle Fälle bis zum Ablauf der regelmäßig fünfjährigen Verjährungsfrist des § 159 HGB. den alten Gesellschaftsgläubigern unmittelbar haften. Er könnte höchstens im inneren Verhältnis von den übrigen Gesellschaftern, mit deren Einverständnis er ausgeschieden ist und von dem Neueintretenden und von der Gesellschaft Befreiung von der Haftung oder Erstattung des an die Gläubiger Geleisteten auf Grund des zwischen diesen und ihm bestehenden Rechtsverhältnisses verlangen (vgl. Schlegelberger, § 173 Anm. 11, und Haupt, „Gesellschaftsrecht", 2. Aufl. 1942, S. 74 und die neuere Rechtsprechung des KG. in JW. 1934, 2699[1]). In einem Urteil v. 12. Dez. 1939, VIII 112/39: RGZ. 162, 264 ff., bei dem es sich um eine Klage gegen einen ausgeschiedenen Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft im sudetendeutschen Gebiete handelt, und dessen Tatbestand unter die Herrschaft des damals im Sudetenland noch geltenden ADHGB. fällt, dessen maßgebende Vorschriften (vgl. Art. 165 f.) aber sachlich mit dem deutschen HGB. von 1897 übereinstimmen, erörtert der für das frühere österreichische Rechtsgebiet und damit auch für das Sudetenland damals zuständig gewesene 8. ZivSen. des RG. die in Schrifttum und Rechtsprechung für die Annahme einer Rückzahlung der Einlage angeführten Gründe und die dagegen sprechenden Gesichtspunkte, ohne zur Hauptfrage endgültig Stellung zu nehmen. Das Urteil stützt die Verurteilung des ausgeschiedenen Kommanditisten, der seine Einlage voll geleistet und aus dem Gesellschaftsvermögen nichts zurückerhalten hatte, darauf, daß aus dem Handelsregister nicht ersichtlich sei, daß der neue Kommanditist lediglich als Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen in die Gesellschaft eingetreten sei. Anderer Meinung als die herrschende Lehre war bereits bisher: Ritter, § 173 HGB., Anm. 2; zweifelnd Heymann-Kötter, § 172 HGB., Anm. 3 Abs. 2. Würde die herrschende Lehre sich aus dem geltenden Recht ergeben, so würde dies zu praktisch unerwünschten Ergebnissen führen. Müßte ein Kommanditist nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft, auch wenn er seine Einlage voll geleistet und aus dem Gesellschaftsvermögen nichts zurückerhalten hat, noch fünf Jahre für die alten Geschäftsschulden den Gläubigern unmittelbar haften, so würde dies die Veräußerung einer Beteiligung außerordentlich erschweren oder unmöglich machen. Denn auf die Dauer von fünf Jahren läßt sich selten die Entwicklung des Unternehmens und der Vermögensverhältnisse der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter oder des Neueintretenden übersehen; ein Befreiungsanspruch gegenüber diesen wäre also von fraglichem Wert. Der Ausgeschiedene verliert auch mit dem Austritt jeden Einfluß auf das Unternehmen. Sein Aufsichts- und Prüfungsrecht nach § 166 HGB. erlischt. Er kann insbesondere auch nicht die Auflösung der Gesellschaft oder die Ausschließung einzelner Gesellschafter aus wichtigem Grunde herbeiführen und dadurch einen Schaden verhüten. Es bliebe ihm nur die Möglichkeit, sein Ausscheiden von einer Sicherheitsleistung durch die übrigen Gesellschafter und den Neueintretenden abhängig zu machen; dadurch würden aber unter Umständen Vermögenswerte festgelegt, was den neu zu Gewinnenden vom Erwerb der Beteiligung, die übrigen Gesellschafter von der Erteilung ihrer Zustimmung zum Gesellschafterwechsel abhalten könnte. Man kann auch nicht die Erschwerung eines Kommanditistenwechsels durch die Folgerungen aus der herrschenden Lehre mit Falkenroth, „Zur Frage der Kommanditistenhaftung": SozPr. 1941, 647 damit abtun, daß man diejenigen, die an eine Veräußerung einer Beteiligung denken, auf die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien verweist. Denn diese Gesellschaftsform kommt wie die Aktiengesellschaft schon wegen des regelmäßig geforderten hohen Mindestgrundkapitals von 500 000 *RM*, wobei die Einlage der persönlich haftenden Gesellschafter nicht mitgerechnet wird, nach dem Willen des Gesetzes nur für größere Unternehmen in Betracht. Die neue Gesetzgebung erstrebt aber, insbesondere auch für kleinere Unternehmungen, die Abwendung von den anonymen Gesellschaftsformen und erleichtert zu diesem Zwecke die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften, vor allem auch in Kommanditgesellschaften, also in solche, bei denen alle Gesellschafter persönlich, mindestens ein Teil unbeschränkt, der andere beschränkt haftet (vgl. das UmwandlG. v. 5. Juli 1934). Die Kommanditgesellschaft eignet sich auch mehr als die Aktiengesellschaft oder die Kommanditgesellschaft auf Aktien für die Familiengesellschaft, weil sie die persönlichen Beziehungen der einzelnen Familienmitglieder zu dem gemeinsamen Unternehmen stärker betont, die zur Leitung des Unternehmens geeigneten Familienmitglieder zur Geschäftsführung berufen, das zum Betrieb des Geschäfts erforderliche Vermögen der anderen in der Gesellschaft binden, diesen auch einen angemessenen Einfluß auf das Unternehmen sichern kann. Andererseits ermöglicht diese Gesellschaftsform durch die Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter zu einem Gesellschafterwechsel, die Belange der Gesamtheit der Familie zu wahren. Aber auch bei der Kommanditgesellschaft, auch der Familiengesellschaft, kann die Erleichterung eines Gesellschafterwechsels sowohl im Interesse der Gesamtheit der Gesellschafter und des Unternehmens, wie auch der einzelnen Gesellschafter in bestimmten Fällen geboten sein. Dies kann namentlich zutreffen, wenn nicht vorhergesehene Ereignisse eintreten. So kann es im Interesse der Gesamtheit liegen, daß ein Kommanditist wegen eines in seiner Person liegenden Umstandes ausscheidet, daß aber gleichzeitig ein anderer an seine Stelle tritt und ihn abfindet, weil die Abfindung nach Lage der Verhältnisse weder aus dem Vermögen der Gesellschaft noch aus dem Privatvermögen der übrigen Gesellschafter geleistet werden kann. Es genügt dann nicht die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung (vgl. §§ 140, 161 Abs. 2 HGB.). Es ist auch eine Vereinbarung mit ihm nötig, um die Abtretung seiner Beteiligung zu ermöglichen. Oft wird ein solcher Wechsel sogar der einzige Weg sein, um im Interesse der Volksgemeinschaft, insbesondere auch der Gefolgschaft oder der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter, aber auch der Gesellschaftsgläubiger ein Unternehmen zu erhalten. Eine Vereinbarung kann auch erwünscht sein, um rasch eine Regelung zu treffen und insbesondere um für Familienangehörige unangenehme Prozesse zu vermeiden. Das Gesetz sieht auch die Möglichkeit eines Gesellschafterwechsels durch Einzelrechtsnachfolge, insbesondere durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch Abtretung der Gesellschafterstellung, auch der eines Kommanditisten vor. Zwar ist wegen des persönlichen Charakters der Beteiligung an einer Personengesellschaft nach der gesetzlichen Regel des § 717 BGB., der auch für die Personengesellschaften des Handelsrechts gilt, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, die Übertragung der Ansprüche, die einem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnisse zustehen, und namentlich die Übertragung der Beteiligung im Ganzen nicht zulässig. Diese Vorschrift enthält aber nachgiebiges Recht. Auf Grund Vereinbarung der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder nachträglich mit Zustimmung aller Gesellschafter, auch der von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten, kann die Übertragung der Beteiligung erfolgen. Auch durch Mehrheitsbeschlüsse kann die Übertragung zugelassen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall solche Beschlüsse unzweideutig gestattet. Auch einem einzelnen Gesellschafter kann vertragsmäßig das Recht eingeräumt werden, auszuscheiden und einen Nachfolger zu bestimmen. Gibt danach das Gesetz grundsätzlich auch für den Kommanditisten eine Möglichkeit zur Abtretung seiner Beteiligung, so besteht kein Anlaß, die Beteiligten auf die Wahl einer anderen Rechtsform, wie der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien zu ver-

weisen. Könnten aber mit der herrschenden Lehre die Vorschriften des HGB. über die Haftung des Kommanditisten nur so ausgelegt werden, daß die unmittelbare Haftung eines Kommanditisten, der bereits durch Leistung der Einlage von der Haftung befreit war, durch eine rechtsgeschäftliche Übertragung der Beteiligung oder die ihr folgende Umbuchung seines Kapitalanteils notwendig wieder auflebt, so könnte diese oft unerwünschte Folge nur durch eine Änderung des Gesetzes vermieden werden (wegen des alsdann bestehenden Bedürfnisses einer Gesetzesänderung vgl. Mügel: SozPr. 1939 H. 17).

Es soll nun in der Folge geprüft werden, ob die von der herrschenden Lehre vertretene Rechtsauffassung nach dem geltenden Recht die allein mögliche ist, oder ob nicht eine andere den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs mehr Rechnung tragende Auslegung des Gesetzes zutreffend ist.

Zur Rechtfertigung der herrschenden Lehre wird geltend gemacht: Nach außen, insbesondere im Handelsregister, trete nicht hervor, ob der neue Kommanditist selbständig, also ohne Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines anderen, oder ob er als dessen Rechtsnachfolger Kommanditist geworden ist. Den Rechten der Gesellschaftsgläubiger könne durch die internen Vereinbarungen kein Abbruch geschehen. Für die alten Schulden hafte der frühere Kommanditist nach § 171, der neue nach § 173. Diese doppelte Haftung könne nicht durch eine einmalige Einlage gedeckt werden. Der Neue könne sich nicht ohne weiteres auf die Leistung des Ausgeschiedenen berufen. Dies sei nur möglich, wenn ihm dessen Kapitalanteil abgetreten werde. Dadurch lebe aber die Haftung des Ausgeschiedenen wieder auf. Es sei so anzusehen, als habe die Gesellschaft dem Ausgeschiedenen sein Kapitalguthaben ausbezahlt und als habe der Neueintretende den gleichen Betrag als seine Einlage einbezahlt. Diese Begründung rechtfertigt das daraus abgeleitete Ergebnis nicht. Ist ein Dritter lediglich als Rechtsnachfolger eines Kommanditisten in die Gesellschafterstellung eingetreten, so ist kein Grund vorhanden, weshalb er im Falle der Einzelrechtsnachfolge, anders als bei Gesamtrechtsnachfolge, nicht in vollem Umfang die Stellung seines Rechtsvorgängers einnehmen sollte und weshalb ihm Leistungen, die sein Rechtsvorgänger auf Grund einer Verpflichtung aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse gemacht hat, nicht angerechnet werden sollen, und weshalb die Befreiung von einer Verpflichtung, die für den Rechtsvorgänger durch dessen Leistung eingetreten ist, für den Rechtsnachfolger nicht fortdauern sollte. Auch aus der Eigenart der Kommanditgesellschaft ergibt sich ein solcher Unterschied zwischen Gesamtrechtsnachfolge und Einzelrechtsnachfolge nicht. Er folgt auch nicht aus der besonderen Rechtsstellung des Kommanditisten, auch nicht aus seiner Stellung zu den Gesellschaftsgläubigern. Ebensowenig ergibt er sich aus dem Unterschied von Gesamtrechtsnachfolge und Einzelrechtsnachfolge überhaupt. Auch aus dem Rechtsbegriff der Rückzahlung und dem Zwecke der Vorschrift des § 172 Abs. 4 HGB. über das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten läßt sich die herrschende Lehre nicht rechtfertigen. Dies zeigt eine Betrachtung der maßgebenden Vorschriften in ihrem inneren Zusammenhang. Nach der Begriffsbestimmung der Kommanditgesellschaft in § 161 Abs. 1 HGB. und nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB. haftet der Kommanditist den Gläubigern unmittelbar nur bis zur Höhe seiner Einlage. Nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB. ist seine Haftung ausgeschlossen, soweit er die Einlage geleistet, d. h. der Gesellschaft einen der Einlage entsprechenden Vermögenswert zugeführt hat. Dann sollen sich die Gläubiger nur an das Gesellschaftsvermögen halten, in das die Einlage geflossen ist. Ist die Wirkung der Einlageleistung, nämlich die Vermehrung des Gesellschaftsvermögens zum Zwecke der Erreichung des Gesellschaftszwecks und zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, durch Rückzahlung an den Kommanditisten wieder aufgehoben, so lebt die Haftpflicht des Kommanditisten wieder auf (§ 172 Abs. 4). Durch diese einander ergänzenden Vorschriften erachtet das Gesetz den Schutz der Gesellschaftsgläubiger für genügend gewährleistet. Der Kommanditist soll nur einmal den Betrag seiner Einlage zur Verfügung stellen, und zwar entweder dadurch daß er die Einlage in das Gesellschaftsvermögen bewirkt oder dadurch, daß er bis zur Höhe der Einlage unmittelbar Gesellschaftsgläubiger befriedigt. Aus dem gekennzeichneten Zweck der Vorschriften ergibt sich zugleich der Rechtsbegriff der Rückzahlung der Einlage. Eine Rückzahlung liegt danach nur vor, wenn im Ergebnis das von dem Kommanditisten Geleistete hinter seiner Einlage zurückbleibt, entweder dadurch, daß nach Leistung der Einlage an die Gesellschaft ihm aus dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte bis zum Betrage der geleisteten Einlage zurückgewährt werden, oder daß ihm an einen Gesellschaftsgläubiger geleistete Zahlungen zurückerstattet werden. Eine Rückzahlung aus dem Gesellschaftsvermögen kann somit nur angenommen werden, wenn durch eine Leistung an den Kommanditisten das Gesellschaftsvermögen und dadurch zugleich das im Gesellschaftsvermögen bestehende Deckungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger vermindert wird. Allerdings darf der Begriff der Rückzahlung dem Zwecke der Vorschrift entsprechend nicht eng ausgelegt werden. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß das Geleistete in Natur oder in Sachen gleicher Art aus dem Gesellschaftsvermögen herausgenommen und dem Kommanditisten übereignet wird. Es genügt vielmehr jede Leistung, durch die das Gesellschaftsvermögen, soweit es der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienen kann, zum Nachteil dieser Gläubiger vermindert wird. Ein Vorgang tatsächlicher oder rechtlicher Art, durch die der Zugriff der Gläubiger in das Gesellschaftsvermögen weder gehindert noch erschwert wird, kann danach nicht als Rückzahlung im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB. aufgefaßt oder einer solchen Rückzahlung gleichgestellt werden. Durch die bloße Umbuchung des Kapitalanteils eines Kommanditisten auf einen anderen, sei es ein bisher schon vorhandener Kommanditist, sei es ein Neueintretender, wird nun das Gesellschaftsvermögen in keiner Weise zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger vermindert. Diese können vielmehr trotz der Umbuchung in alle Vermögensstücke der Gesellschaft wie bisher vollstrecken. Die Gesellschaft kann auch aus allen diesen Vermögensstücken die Gesellschaftsgläubiger freiwillig befriedigen, ohne daß auch nur im inneren Verhältnis unter den Gesellschaftern, auch zu dem ausgeschiedenen und dem neueingetretenen, sie daran gehindert werden könnte. Die Umbuchung des Kapitalanteils ist auch schon nach ihrer rechtlichen Natur wie auch nach dem Rechtsbegriffe des Kapitalanteils selbst kein Vorgang, durch den eine Rechtsveränderung im Verhältnisse zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und den Gesellschaftsgläubigern herbeigeführt wird. Der Übergang der Beteiligung auf einen anderen Gesellschafter oder auf einen Neueintretenden erfolgt nicht erst durch eine Umbuchung des Kapitalanteils, sondern bereits durch die Abtretung der Beteiligung an den Erwerber und die Annahme der Abtretung durch diesen. Mit dem Erwerb der Beteiligung geht auch automatisch der Kapitalanteil des Veräußerers auf den Erwerber über, ohne daß es noch einer besonderen Übertragung des Kapitalanteils bedarf. Der Kapitalanteil stellt, wenn er aktiv ist, nicht eine Forderung des Gesellschafters an die Gesellschaft in Höhe des in den Büchern der Gesellschaft ziffernmäßig angegebenen Betrags dar, ebensowenig wie der passive Kapitalanteil eine Schuld des Gesellschafters an die Gesellschaft auf Leistung einer bestimmten Geldsumme darstellt. Aus den Vorschriften des § 120 Abs. 2 HGB. über die Zu- oder Abschreibung des Gewinn- oder Verlustanteils des einzelnen Gesellschafters und die Abschreibung der zulässigen Entnahmen auf seinen Kapitalanteil, des § 121 über die Bemessung der Vordividende des Gesellschafters nach der Höhe seines Kapitalanteils, des § 122 Abs. 1 über die Abhängigkeit des Entnahmerechts des Gesellschafters von der Höhe seines Kapitalanteils und des § 155 über die Verteilung des Reinvermögens nach Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, die mit der Eigenart der Kommanditgesellschaft entsprechenden Abweichungen auch für diese Gesellschaftsform gelten (vgl. §§ 161 Abs. 2, 167, 168 HGB.), ergibt sich, daß der Kapitalanteil nur der gesetzliche Maßstab für die wirtschaftliche Beteiligung des einzelnen Gesellschafters am Geschäftskapital der

Gesellschaft, d. h. am Gesellschaftsvermögen ist (RGZ. 117, 242; RGRKomm. z. HGB. § 120 Anm. 16, 17, § 167 Anm. 8). Der Kapitalanteil bringt somit nur für das innere Verhältnis unter den Gesellschaftern das Maß der Beteiligung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck. Er ist wesentlich verschieden von der Einlage, die ein Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zu machen hat. Die Verpflichtung zur Leistung der Einlage stellt eine echte Schuld des Gesellschafters dar. Dabei ist zu unterscheiden das Verhältnis nach innen und das Verhältnis nach außen. Im inneren Verhältnis soll der Gesellschafter zur Erreichung des Gesellschaftszweckes beitragen (insofern spricht man von der Pflichteinlage); im Verhältnis nach außen begrenzt die übernommene Einlage den Umfang der unmittelbaren Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (Hafteinlage), und zwar nach Maßgabe des im Handelsregister eingetragenen Betrags (vgl. §§ 161 Abs. 1, 172 HGB.). Nur diese Einlage kann zurückgezahlt werden, und zwar nur in der Weise, daß aus dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte ausscheiden und auf den Kommanditisten übergehen oder unmittelbare Zahlungen an einen Gläubiger dem Kommanditisten erstattet werden; nur durch eine solche Rückzahlung kann die durch Leistung der Einlage gemäß § 171 Abs. 1 HGB. erloschene Haftpflicht nach § 172 Abs. 4 wieder aufleben. Nur mit der übernommenen Einlage haftet der Kommanditist; nicht aber mit dem buchmäßigen Kapitalanteil. Veränderungen im Kapitalanteil haben keinen Einfluß auf die Haftpflicht des Gesellschafters nach außen. Eine Veränderung in der Buchung über den Kapitalanteil allein kann nach dem wiedergegebenen Rechtsbegriff des Kapitalanteils einerseits und der Einlage andererseits somit niemals als Rückzahlung der Einlage im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB. angesehen werden. Weder kann in der Umbuchung des Kapitalanteils eine Rückzahlung der Einlage des Ausgeschiedenen noch die Leistung der Einlage des Neueingetretenen liegen. Dies ist auch schon deshalb nicht möglich, weil der ziffernmäßige Betrag des Kapitalanteils höher oder niedriger sein kann als die Einlage, wie sie im Register eingetragen ist. Denn der Kapitalanteil setzt sich zusammen aus der geleisteten Einlage und den Gutschriften auf Gewinnanteil abzüglich der zulässigen Entnahmen und des auf den Gesellschafter entfallenden Verlustanteils (vgl. RGRKomm. z. HGB. § 120 Anm. 17). Nach dem Zweck des § 172 Abs. 4, die Gläubiger dagegen zu schützen, daß ein Kommanditist durch Verminderung des Gesellschaftsvermögens sich der Haftpflicht entzieht, kann die Umbuchung des Kapitalanteils einer Rückzahlung der Einlage somit nicht gleichgestellt werden. Auch sonstige irgendwelche beachtenswerte Belange der Gesellschaftsgläubiger rechtfertigen eine solche Gleichstellung nicht. Würde man die Gleichstellung aussprechen, so würde zugunsten der Gläubiger durch den bloßen Gesellschafterwechsel und die ihm notwendig folgende Umbuchung des Kapitalanteils eine Verbesserung ihrer Aussicht auf Befriedigung zum Nachteil des ausgeschiedenen Kommanditisten eintreten, ohne daß eine solche Folge aus irgendwelchen rechtspolitischen Erwägungen verständlich wäre.

Beizutreten ist der herrschenden Lehre und auch dem RG. insofern, als den Gesellschaftsgläubigern die Leistung der Einlage durch den ausscheidenden Gesellschafter mit der befreienden Wirkung des § 172 Abs. 1 HGB. und der völlige Eintritt des neuen Gesellschafters in die Rechtsstellung des Ausscheidenden nur entgegengehalten werden kann, wenn aus der Eintragung des neuen Kommanditisten zum Handelsregister ersichtlich ist, daß er nur als Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen Gesellschafter geworden ist. Aber das Unterbleiben dieser Offenkundigmachung kann nicht die Folge haben, daß die Einlage des Ausgeschiedenen als zurückgezahlt anzusehen ist und deshalb seine bereits erloschene Haftung wieder auflebt, dagegen der neu Eintretende auf Grund des Übergangs des Kapitalanteils der Ausgeschiedenen auf ihn und die sich daran anschließende Umbuchung so anzusehen ist, als ob er seine Einlage geleistet habe. Der Rechtsgrund für den Nichteintritt des neuen Gesellschafters in die Stellung des Ausscheidenden im Verhältnis nach außen, zu den Gesellschaftsgläubigern, kann nur der sein, daß durch die Eintragung des neuen Gesellschafters ohne Angabe des Nachfolgeverhältnisses in Dritten, die in Zukunft mit der Gesellschaft in den Rechtsverkehr treten, ohne den Zusammenhang zwischen dem Ausscheiden und Eintreten der beiden Gesellschafter zu kennen, der Anschein erweckt wird, als sei ein Kommanditist ausgeschieden und ohne rechtlichen Zusammenhang damit ein anderer als Kommanditist neu eingetreten, daß also ein weiterer Kommanditist mit einer neuen selbständigen Einlage eingetreten und damit eine neue Haftung mit dieser Einlage übernommen hat. Es greift dann die von der Wissenschaft und Rechtsprechung, namentlich auch im Recht der Handelsgesellschaften anerkannte Lehre vom Rechtsschein ein, nach der der Rechtsschein überall da, wo er im Rechtsverkehr nach außen und in einer Weise, und mit dem Anspruch, daß Dritte darauf vertrauen sollen, hervortritt, rechtlich gegenüber demjenigen, der für das Entstehen des Rechtsscheins durch sein von ihm zu vertretendes Verhalten verantwortlich ist, dieselben Wirkungen auslöst wie die Rechtswirklichkeit. Diese Lehre ist namentlich dem Rechtsschutze gutgläubiger Dritter dann dienstbar gemacht worden, wenn der einer Handelsgesellschaft zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag aus irgendeiner Tatsache, etwa wegen Geschäftsunfähigkeit eines Mitgründers nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, sich als nichtig herausgestellt hat. Es haften dann diejenigen, die für das Entstehen des Rechtsscheins verantwortlich sind, ebenso wie wenn der Gesellschaftsvertrag nicht nichtig und sie Gesellschafter einer ohne Rechtsmangel des Gesellschaftsvertrages zustande gekommenen Gesellschaft wären (vgl. RGZ. 145, 148; 149, 25; Larenz in Anm. zu RG.: JW. 1934, 14[11]; Weipert in RGRKomm. z. HGB. § 105 Anmerkung 73 ff.). Dieser Grundsatz muß auch gelten, wenn jemand zwar nicht den Anschein erweckt, als sei er überhaupt Gesellschafter einer Handelsgesellschaft geworden, sondern auch, wenn der Anschein erweckt wird, als sei jemand in anderer Weise Gesellschafter geworden, als es der Wirklichkeit entspricht, also im vorliegenden Falle, als sei jemand ohne rechtlichen Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines anderen Kommanditisten selbständig der Gesellschaft als Kommanditist mit einer neuen Einlage beigetreten. Dieser Anschein kann namentlich auch durch die Eintragung des Beitritts zum Handelsregister ohne Angabe des Nachfolgeverhältnisses hervorgerufen werden. Denn das Handelsregister ist gerade dazu bestimmt, jedem Dritten über das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern Auskunft zu geben (dagegen ist die Umbuchung des Kapitalanteils, schon weil sie nicht in einem öffentlichen Register, sondern in den Dritten nicht zugänglichen Büchern der Gesellschaft geschieht, zur Aufklärung Dritter nicht bestimmt).

Die Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister als Grund des Entstehens der Mitgliedschaft ist auch im Falle der Einzelrechtsnachfolge ebenso möglich wie im Falle der Gesamtrechtsnachfolge. Daß die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters die Aufnahme eines entsprechenden Vermerks im Register nicht ausdrücklich vorsehen, bildet kein Hindernis. Ist die Eintragung zur Offenkundigmachung des Grundes des Eintritts des neuen Kommanditisten und zur Vermeidung eines falschen Rechtsscheins mit den sich daraus ergebenden Rechtsnachteilen notwendig, so ist das Register seinem Zweck nach auch ohne besondere formelle Vorschrift zur Aufnahme eines entsprechenden Vermerks bestimmt. Die Aufnahme kann deshalb nicht abgelehnt werden. Die Registerführung hat sich als Mittel zur Verwirklichung des sachlichen Rechts diesem anzupassen. Die Eintragung der Rechtsnachfolge kann auch nach der heute bestehenden Einrichtung des Registers, und zwar in Spalte 5, notfalls in der Bemerkungsspalte geschehen. Bei der Eintragung über den ausscheidenden Kommanditisten ist ein entsprechender Hinweis aufzunehmen (§ 40 Nr. 5 und 6 der Handelsregisterverfügung). Der Beamte des Registergerichts, der die Anmeldung der Beteiligten entgegennimmt oder die Eintragung verfügt, hat auf Grund seiner Amtspflicht von Amts wegen darauf hinzuwirken, daß eine sachgemäße Anmeldung erfolgt. Ein Anlaß zur Klärung des Sachverhalts wird regelmäßig gegeben sein, wenn gleichzeitig das Ausscheiden und der Eintritt eines Kommanditisten angemeldet wird und keine

Angabe über die Einlage des neuen Kommanditisten gemacht wird, sondern ausdrücklich oder stillschweigend auf die Einlage des Ausscheidenden Bezug genommen wird. Bei der Bekanntmachung des Registereintrags kann auch angegeben werden, daß der Neueintretende als Rechtsnachfolger eines gleichzeitig ausgeschiedenen Kommanditisten eingetreten ist. Eine solche Angabe steht der Vorschrift des § 162 Abs. 2 HGB., nach der die Namen der Kommanditisten nicht bekanntzumachen sind, und ihrem Zweck nicht entgegen.

### III.

### Die Rechtswirkungen der Eintragung oder der Nichteintragung der Rechtsnachfolge.

Ist die Rechtsnachfolge eingetragen, so ist offensichtlich, daß der neue Kommanditist nur als Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen eingetreten ist. Der Ausgeschiedene haftet dann nicht mehr, weil er seine Einlage geleistet hat; der neue Kommanditist haftet nicht, weil die Leistung der Einlage durch seinen Rechtsvorgänger auch ihn von der Haftung befreit hat.

Ist die Rechtsnachfolge nicht eingetragen, so sind die Folgen der Nichteintragung nur die, die sich aus dem unrichtigen Rechtsschein ergeben. Dieser geht aber nur dahin, daß ein neuer Kommanditist mit einer neuen Einlage ohne rechtlichen Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines anderen in die Gesellschaft eingetreten ist. Aus der Eintragung kann für den, der nur den Eintrag kennt, keinesfalls der Anschein erweckt werden, als habe der nach dem Registereintrag gar nicht im Zusammenhang mit dem Neueintritt ausgeschiedene Kommanditist seine Einlage zurückerhalten, oder als habe er eine neue Haftung gesellschaftsrechtlicher Art übernommen. Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet somit auch nicht auf Grund eines von ihm hervorgerufenen in seiner Person entstandenen Rechtsscheins. Danach wäre im Falle RGZ. 162, 264 die Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht begründet. Wendet man die Lehre vom Rechtsschein an und lehnt man die Haftung des alten Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 ab, so kann nur der neue Kommanditist haften. Nur in seiner Person ist ein unrichtiger Rechtsschein entstanden. Auf Grund desselben haftet er so, wie wenn er wirklich mit einer neuen Einlage eingetreten wäre. Denn er hat die unrichtige Eintragung Dritten gegenüber zu vertreten. Es war, da es sich um seine Beteiligung und um seine Haftung handelt, in erster Linie seine Aufgabe, insbesondere schon bei der auch ihm obliegenden Anmeldung seines Eintritts (§ 162 Abs. 3 HGB.) und später bei Prüfung der Richtigkeit des Eintrages, durch Stellung eines Berichtigungsantrags, Beschreitung des Rechtsmittelwegs dafür zu sorgen, daß das Nachfolgeverhältnis im Handelsregister zum Ausdruck kam (vgl. RGZ. 131, 12; RG.: JW. 1928, 1586). Die Folge der unrichtigen Eintragung ist, daß der Neueintretende so haftet, wie wenn er selbständig mit der gleichen Einlage wie sein Vorgänger als Kommanditist eingetreten wäre, und daß er sich auf die Leistung der Einlage durch seinen Rechtsvorgänger nicht berufen kann.

Die Begründung der erhöhten Haftung mit dem Rechtsschein unterscheidet sich aber nicht nur hinsichtlich der Person des Haftpflichtigen in ihrer Wirkung von der Begründung, daß eine Rückzahlung der Einlage an den ausscheidenden Gesellschafter vorliege. Auch der Kreis der Gesellschaftsgläubiger, denen die Haftung zugute kommt, ist verschieden, je nachdem ob man den einen oder den anderen Rechtsgrund für maßgebend hält. Würde nur die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters wieder aufleben, so käme dies nur den Gläubigern zugute, deren Ansprüche zur Zeit des Ausscheidens entstanden waren. Denn der ausgeschiedene Gesellschafter haftet, auch wenn er ohne Rechtsnachfolger ausscheidet, nur für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden. Haftet dagegen auf Grund des Rechtsscheins der Neueintretende, so muß seine Haftung gerade zugunsten der Gläubiger gelten, deren Ansprüche nach dem unrichtigen Eintrag entstanden sind. Nach dem der Haftung kraft Rechtsscheins zugrunde liegenden Gedanken sollen diejenigen geschützt werden, die auf Grund der Eintragung bei Entstehen ihres Anspruchs annehmen konnten, daß ein neuer selbständiger Kommanditist eingetreten sei, und daß damit die Sicherheit ihres Anspruchs durch die neue Einlage erhöht sei. Dagegen trifft der Gedanke des Rechtsschutzes nicht zu für die Gesellschaftsgläubiger, deren Ansprüche schon vor dem Eintrag des neuen Kommanditisten entstanden sind. Die Haftung des Neueintretenden gilt deshalb nur für die neu entstandenen Gesellschaftsschulden. Die alten Gläubiger müssen sich dagegen damit abfinden, daß die Haftung aus der ursprünglichen Einlage durch deren Leistung erloschen ist. Das Bedürfnis des Rechtsschutzes gegen unrichtige Registereintragung rechtfertigt es nicht, die Vorschrift des § 173 Abs. 1 HGB. über die Haftung neu eintretender Kommanditisten für die alten Schulden anzuwenden, wenn nur der Rechtsschein, nicht aber die Rechtswirklichkeit eines selbständigen Neueintritts besteht. Den neuen Gesellschafter könnten die alten Gläubiger höchstens dann in Anspruch nehmen, wenn sie im Einzelfall geltend machen und beweisen könnten, daß sie in Kenntnis von der Registereintragung und im Vertrauen auf den nach dem Rechtsschein vorliegenden Beitritt eines selbständigen Kommanditisten von der Einziehung ihrer Forderung abgesehen oder Stundung gewährt haben und dadurch um eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gekommen sind.

Der neue Kommanditist kann sich von der erhöhten Haftung für die Zukunft dadurch befreien, daß er die Berichtigung des unrichtigen Registereintrags veranlaßt. Für die nach der Berichtigung entstandenen Gesellschaftsschulden haftet er dann nicht mehr erhöht. Dagegen wirkt die Berichtigung nicht befreiend für die seit der Eintragung des Beitritts bis zur Berichtigung im rechtsgeschäftlichen Verkehr entstandenen Gesellschaftsschulden. Den Schutz aus dem Rechtsschein kann selbstverständlich nur der geltend machen, der den wahren Sachverhalt nicht gekannt hat. Dagegen ist zur Geltendmachung des Rechtsscheins auch der befugt, der bei Entstehung seines Anspruchs den Inhalt des Registers nicht gekannt hat. Nur der Beweis, daß ihm die Unrichtigkeit des Eintrags, hier also der Eintritt des neuen Kommanditisten als Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen, bekannt war, würde die Berufung auf den Registerinhalt ausschließen (vgl. RGZ. 128, 181; Gadow in RGRKomm. z. HGB. § 15 Anm. 11. Wegen der Beschränkung des Publizitätsprinzips des § 15 Abs. 1 HGB. auf den Geschäftsverkehr und den Prozeßverkehr vgl. J. v. Gierke, „Handels- und Schiffahrtsrecht" [5] 1 S. 83 f.).

Ist der neue Gesellschafter auf Grund des Rechtsscheines von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen worden und hat er diesen befriedigt, so kann er von der Gesellschaft Ersatz der im Interesse der Gesellschaft gemachten Aufwendungen (§ 110 HGB.) und, soweit er die Gesellschaftsgläubiger noch nicht befriedigt hat, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Denn im inneren Verhältnis zu der Gesellschaft ist er zur Leistung einer Einlage auch in der Form der Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern nicht verpflichtet. Hat der Kommanditist aus dem Gesellschaftsvermögen Ersatz für die Schuldenzahlung erhalten, so liegt darin im Verhältnis zu anderen, unbefriedigten Gesellschaftsgläubigern, die sich auf den Rechtsschein der Eintragung berufen können, eine Rückzahlung der Einlage im Sinne des § 172 Abs. 4, so daß diese ihn wieder bis zur Höhe der eingetragenen Einlage in Anspruch nehmen können. Soweit der in Anspruch genommene Kommanditist von der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen kann, kann er auch während Bestehens der Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen über die Ausgleichspflicht von den Mitgesellschaftern Ersatz nach Maßgabe ihrer Beteiligung am Verlust und unter Abzug seines eigenen Anteils am Verlust fordern; soweit die Mitgesellschafter als Kommanditisten selbst nur beschränkt haften, bis zur Höhe ihrer Haftung (vgl. RGZ. 153, 312; RG.: JW. 1912, 249; RGRKomm. z. HGB. § 110 Anm. 34, § 128 Anm. 15 ff., § 171 Anm. 28).

### IV.

Ist die Rechtsnachfolge durch Registereintragung offenkundig gemacht und hat nach dem Eintritt des Gesellschafterwechsels eine wirkliche Rückzahlung der Einlage in dem eben erörterten Sinne stattgefunden, so lebt die Haftung jedenfalls in der Per-

son desjenigen wieder auf, der die Zahlung erhalten hat. Dies ist namentlich der Fall, wenn auf Grund einer beim Ausscheiden oder auch später getroffenen Vereinbarung nachträglich dem Ausgeschiedenen aus Gesellschaftsmitteln eine Abfindung gezahlt worden ist. Eine Rückzahlung an den neuen Kommanditisten kann insbesondere auch dann vorliegen, wenn dieser Gewinnanteile entnimmt, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlustbeteiligung unter den eingetragenen Betrag seiner Einlage herabgemindert war (§ 172 Abs. 4 Satz 2 HGB.). Dann haftet derjenige, an den die Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt ist, den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe des Empfangenen. Hat der ausgeschiedene Kommanditist die Zahlung erhalten, so haftet er nur den Gläubigern, deren Ansprüche vor seinem Ausscheiden entstanden sind. Hat der neue Kommanditist die Zahlung erhalten, so haftet er allen Gesellschaftsgläubigern, gleichgültig ob deren Ansprüche vor oder nach seinem Eintritt entstanden sind. Hat der ausgeschiedene Kommanditist die Zahlung erhalten, so fällt damit auch für den neuen Kommanditisten als Rechtsnachfolger die Befreiung von der Haftung weg, die durch die Einlageleistung des ausgeschiedenen eingetreten war. Er haftet dann allen Gesellschaftsgläubigern. Die Gläubiger können aber nur einmal Befriedigung in Höhe der zurückgezahlten Einlage verlangen. Soweit Gläubiger in dieser Höhe von dem einen oder anderen der beiden Kommanditisten befriedigt sind, ist die Haftung erloschen. Die Beteiligung des alten und neuen Gesellschafters ist, wenn das Rechtsnachfolgeverhältnis durch Registereintrag offenkundig gemacht ist, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber als eine einheitliche Beteiligung aufzufassen. Hat der neue Kommanditist die Einlage zurückerhalten, so muß auch der Ausgeschiedene dies gegen sich gelten lassen und neben dem neuen den Gläubigern, aber nur den alten haften. Diese Haftung des ausscheidenden Gesellschafters auch im Falle der Rückzahlung an den neuen Gesellschafter rechtfertigt sich auch daraus, daß der ausscheidende Kommanditist durch eine Übertragung seiner Beteiligung seinen Nachfolger in die Lage versetzt hat, die Einlage zurückzuerhalten, und entspricht auch einer dem Schutzzweck des § 172 Abs. 4 Rechnung tragenden Gesetzesauslegung. Dagegen besteht kein Anlaß, den ausgeschiedenen Gesellschafter für nach seinem Ausscheiden entstandene Schulden haften zu lassen. Die neuen Gläubiger können aus dem Handelsregister erkennen, wer zur Zeit der Entstehung ihres Anspruchs Kommanditist ist, und müssen sich darauf einrichten, daß sie sich wegen ihrer Ansprüche nur an den neuen Kommanditisten halten können. Gegen eine willkürliche Rückzahlung der Einlage an den anderen Kommanditisten ist jeder Gesellschafter geschützt oder kann sich schützen. Mit dem Übergang der Beteiligung an den neuen Kommanditisten steht auch diesem allein der Anspruch auf die Einlage zu. Sie kann nur an ihn zurückbezahlt werden, wenn nicht anderes vereinbart ist oder er zustimmt. Der ausscheidende Gesellschafter kann seine Zustimmung zum Eintritt des neuen Gesellschafters an seiner Stelle von der Zusage der Gesellschaft abhängig machen, daß diese die Einlage an den Rechtsnachfolger nur zurückzahlt, wenn die alten Gläubiger befriedigt sind oder wenn er nachträglich zustimmt. Eine danach nicht zulässige Zahlung an den anderen Gesellschafter braucht keiner der Beteiligten als Rückzahlung der Einlage im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB. gegen sich gelten zu lassen.

Stellt man sich auf den hier vertretenen Standpunkt, so erübrigt sich eine Änderung des § 172 Abs. 4 HGB. durch eine Bestimmung, nach der die bloße Übertragung der Beteiligung auf einen anderen oder die entsprechende Umbuchung des Kapitalanteils eine Rückzahlung der Einlage nicht darstellt. Es bedarf auch keiner Gestezesänderung durch Einführung eines grundsätzlichen Verbots der Rückzahlung der Einlage, wie sie F a l k e n r o t h: SozPr. 1941, 647 nach dem Vorbild des § 52 AktG., § 30 GmbHG. anregt. Bei den Kapitalgesellschaften, die selbständige Rechtspersönlichkeiten sind, bildet das Gesellschaftsvermögen den einzigen Deckungsgegenstand für die Gesellschaftsgläubiger. Deshalb war für diese Gesellschaften ein Verbot der Rückzahlung der Einlage oder der Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens im Interesse des Gläubigerschutzes dringend geboten. Bei den Personengesellschaften des HGB. bildet zwar das Gesellschaftsvermögen ein Sondervermögen, das in erster Linie das Deckungsmittel für die Gesellschaftsgläubiger bildet. Diese können sich aber wegen der samtverbindlichen Haftung der Gesellschafter auch an deren Privatvermögen halten (bei den Kommanditisten bis zur Höhe ihrer Einlage). Erfolgt eine Rückzahlung der Einlage und fließt diese damit in das Privatvermögen der Gesellschafter, so können sie sich, auch wenn es sich nur um den Kommanditisten handelt, an dieses Privatvermögen halten. Die Verletzung eines gesetzlichen Rückzahlungsverbotes könnte übrigens wie bei den genannten Kapitalgesellschaften auch nur die Folge haben, daß die begünstigten Gesellschafter zur Rückgewähr des Erhaltenen verpflichtet wären (§ 31 GmbHG.) oder daß sie den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar haften würden (§ 56 AktG.).

---

# Zur Frage der Berücksichtigung von Konzerninteressen im deutschen Aktienrecht

## A.

Von Rechtsanwalt Dr. H a r o l d R a s c h, Prag-Berlin

### I.

Wenn man sich die Bedeutung vergegenwärtigt, die die Zusammenfassung von Unternehmungen in den verschiedensten Formen seit Jahrzehnten in der deutschen Wirtschaft gewonnen hat, mag man vielleicht darüber erstaunt sein, daß die Gesetzgebung sich bis heute noch verhältnismäßig wenig mit diesen Erscheinungen befaßt hat. Auf privatrechtlichem Gebiet hatte erstmals die Aktienrechtsnovelle von 1931 die Begriffe der „herrschenden“ und „abhängigen“ Gesellschaft und der „Konzerngesellschaft“ eingeführt und an diese Eigenschaften bestimmte Folgen geknüpft[1]). Etwas weiter geht dann das AktG. von 1937. Es bringt zunächst (§ 15) eine genaue Bestimmung der Begriffe „Konzern“ und „Konzernunternehmen“ und enthält sodann eine Reihe von Vorschriften, die teils für alle Konzernunternehmen, teils nur für „herrschende“ und „abhängige“ Unternehmen gelten. Sie betreffen die Publizität der Aktiengesellschaft (§§ 95 Abs. 2 Satz 1, 112 Abs. 1 Satz 2, 128 Abs. 2 Nr. 8, 131, 134) und einige sonstige Fragen des inneren Konzernrechts (§§ 51, 65, 80, 114 Abs. 6). Außerdem enthält das Gesetz in § 256 eine Vorschrift über gewisse Formen eines vertraglichen Zusammenschlusses von Unternehmungen. Von einer weitergehenden Regelung hat die Gesetzgebung bewußt Abstand genommen[2]). Insbesondere hat sie das gesamte äußere Konzernrecht — oder, wie man es auch nennen könnte, das Konzernaußenrecht — der Gestaltung allein durch die Praxis überlassen, so etwa das Problem der Haftung der Muttergesellschaft (Obergesellschaft) für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft (Untergesellschaft) oder die Frage der Einwirkung der Konzernbildung auf bestehende Dauerrechtsverhältnisse wie Lizenz-, Wettbewerbs- und Kartellverträge.

Aber auch das innere Konzernrecht, das K o n z e r n v e r f a s s u n g s r e c h t, hat im Aktienrecht nur eine bruchstückweise Regelung gefunden. Das gilt vor allem von dem wichtigsten, aber auch schwierigsten Problem

[1]) Vorschriften über Aktienrecht im Ersten Teil der VO. des Reichspräsidenten v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493).

[2]) Vgl. den Zweiten Bericht des Vorsitzenden des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht: AkadZ. 1935, 247 ff., 255 ff.

des Konzernverfassungsrechts, der Frage nämlich, inwieweit die Organe einer Aktiengesellschaft bei ihren Entschließungen „Konzerninteressen" berücksichtigen dürfen, Interessen also, die außerhalb des Unternehmens selbst liegen oder doch liegen können und die vor allem mit den Interessen der konzernfreien Aktionäre keineswegs identisch zu sein brauchen. Das Gesetz selbst regelt vier Spezialtatbestände aus diesem Fragenkomplex: „Übernahme" von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch ein abhängiges Unternehmen (§ 51 Abs. 2), „Erwerb" von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch ein abhängiges Unternehmen (§ 65 Abs. 5, 6), Kreditgewährung an leitende Konzernangehörige (§ 80 Abs. 1 Satz 2) und Abschluß von Gewinngemeinschafts-, Pacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträgen (§ 256). Daneben enthält es eine Vorschrift von allgemeiner Bedeutung, nämlich das Stimmverbot für abhängige Unternehmen (§ 114 Abs. 6). Die Lösung aller anderen Fragen obliegt ausschließlich der Praxis und Wissenschaft.

Und dieser Fragen sind viele. Wie ist der Beschluß einer Generalversammlung auf Erhöhung des Aktienkapitals zu beurteilen, der der herrschenden Konzerngruppe ihren Einfluß gegen neu aufkommende Aktionäre zu sichern sucht? Darf der Vorstand einer Aktiengesellschaft die bisher mit Erfolg betriebene Produktion gewisser Erzeugnisse einstellen, weil die Gesellschaft unter den beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens gerät und dieses die Einstellung im eigenen Konzerninteresse wünscht? Darf er die Erzeugnisse seines Unternehmens an ein Konzernunternehmen unter Marktpreisen verkaufen, auch wenn er dadurch den Gewinn seiner Gesellschaft und somit die Dividende der freien Aktionäre schmälert? Diese Fragen mögen einstweilen genügen, um anzudeuten, worum es sich hier handelt.

## II.

Nun enthält das AktG. zwei Bestimmungen, die, wenngleich nicht ausdrücklich auf Konzernverhältnisse zugeschnitten, nach ihrem Wortlaut jedenfalls auch auf solche angewendet werden können. Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, die pflichtwidrig zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre anderen „gesellschaftsfremde Sondervorteile" verschaffen, sind nach näherer Maßgabe des § 101 AktG. schadensersatzpflichtig. Ebenso können Beschlüsse der Hauptversammlung angefochten werden, wenn sie geeignet sind, einem Aktionär oder einem Dritten „gesellschaftsfremde Sondervorteile" zum Schaden der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre zu verschaffen (§ 197). Dabei gilt in beiden Fällen eine wichtige Einschränkung: Die Ersatzpflicht des Vorstands und Aufsichtsrats und die Anfechtbarkeit des Beschlusses der Hauptversammlung entfällt, wenn es sich um Vorteile handelt, die „schutzwürdigen Belangen" dienen (§§ 101 Abs. 3, 197 Abs. 2 Satz 2).

An diese Vorschriften knüpft die herrschende Praxis — in Übereinstimmung mit der Begründung zum AktG.[2a]) — an, soweit es sich um die Abgrenzung von Konzerninteressen gegen die — möglicherweise widerstreitenden — Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre handelt. So etwa heißt es in dem halbamtlichen Komm. z. AktG.[3]):

> „Es kann im Gesamtinteresse des Konzerns liegen, wenn gegenüber einer zum Konzern gehörigen Aktiengesellschaft ein gesellschaftsfremder Sondervorteil erstrebt wird. Eine Handlung, die eine Konzerngesellschaft oder ihre Aktionäre schädigt, kann doch vom Standpunkt des Konzerns aus eine wirtschaftlich gesunde und vernünftige Maßnahme bilden. Hier muß das Interesse des einzelnen Konzernunternehmens zurücktreten vor dem höheren Interesse der in dem Konzern zusammengefaßten Gemeinschaft. Es ist also auch hier eine Interessenabwägung vorzunehmen, nämlich zwischen den Interessen des Konzerns und denen seiner Mitgliedergesellschaften."

Ähnliche Ausführungen finden sich auch sonst im Schrifttum[4]). Ja, der Fall der Wahrnehmung von Konzerninteressen erscheint sogar als „typischer Anwendungsfall" des § 101 AktG.[5]).

Wann aber ist die Verfolgung „gesellschaftsfremder Sondervorteile" rechtswidrig, wann dient sie „schutzwürdigen Belangen"? Selbstverständlich kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an. Lassen sich indessen nicht gewisse Grundsätze herausarbeiten, die dem Richter seine Aufgabe in dieser Hinsicht ein wenig erleichtern und die zugleich der Praxis als Richtlinien in der unendlich viel größeren Zahl von Fällen dienen können, die gar nicht vor den Richter kommen?

Ein Versuch dieser Art ist, soweit ich sehe, seit Erlaß des AktG. erst einmal unternommen worden, und zwar in der Schrift von Filbinger, „Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht"[6]). Leider legt der Verfasser, obwohl seine Arbeit 1939 beendet und 1942 erschienen ist, seinen Erörterungen ganz überwiegend noch das Aktienrecht des HGB. zugrunde und behandelt das AktG. von 1937 erst am Schluß und nur recht oberflächlich. Natürlich ist eine Kritik der älteren Rechtsprechung des RG. nur auf der Grundlage des damaligen Rechts möglich. Aber eine heute veröffentlichte Arbeit sollte Veranlassung nehmen, die Tatbestände der Vergangenheit, die doch meist typischen Charakter tragen, auch einmal unter den neuen rechtlichen Gesichtspunkten des AktG. zu würdigen, statt sich auf eine summarische Kritik des Gesetzes und seiner Begründung zu beschränken[7]).

In einer Hinsicht freilich ist Filbinger jedenfalls recht zu geben. „Die Fernwirkung eines einzigen Urteils kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden."[8]) Das Leben der großen und kleinen Konzerne spielt sich weitgehendst unter Ausschluß der Öffentlichkeit ab. Nur ein Bruchteil der zu treffenden geschäftlichen Entscheidungen wird in formellen Verhandlungen der Gesellschafter beschlossen, und auch von diesen dringt wieder nur ein Teil über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus. Zum weitaus größeren Teil vollzieht sich die Ausübung der Konzernherrschaft formlos, in mündlichen Anweisungen des Konzernchefs an die Vorstandsmitglieder der einzelnen Konzernunternehmen, in „Bitten" und „Empfehlungen" von Vertretern der herrschenden Gesellschaft im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens, gerichtet an die Organe des letzteren, im persönlichen Verkehr von Sachbearbeiter zu Sachbearbeiter. Auch in diesen Fällen aber hat das Wirken der Konzernleitung seine Rechtsgrundlage. Je klarer diese den Beteiligten bewußt ist, um so reibungsloser funktioniert das Leben des Konzerns, um so geringer ist die Gefahr der Verärgerung über Unbotmäßigkeit auf der einen, über „Vergewaltigung" auf der anderen Seite.

## III.

Versucht man die Interessen des Konzerns gegen die des einzelnen Unternehmens und seiner nicht konzerngebundenen Aktionäre abzugrenzen, so wird man zweckmäßig zwischen Maßnahmen, die der Entscheidung durch die Hauptversammlung unterliegen, und sonstigen Maßnahmen unterscheiden. Das empfiehlt sich nicht nur, weil für die Beschlüsse der Hauptversammlung im allgemeinen besondere gesetzliche Vorschriften bestehen, sondern auch weil die uns speziell interessierende Abgrenzung der rechtswidrigen Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile gegen die Wahrung schutzwürdiger Belange gleichfalls in verschiedenen Vorschriften geregelt ist, nämlich in § 101 AktG. einerseits, § 197 AktG. andererseits. Wir beginnen mit den Maßnahmen, die zur Zuständigkeit der Hauptversammlung gehören. Dabei ist es notwendig, von vornherein darauf hinzuweisen, daß Konzerninteressen und Mehrheitsinteressen keineswegs identisch sein müssen. Sie können und werden zusammenfallen, sofern es sich um einen schon vorhandenen Konzern, um eine bereits mehr oder weniger

[2a]) DRAnz. Nr. 28 v. 4. Febr. 1937; abgedr. auch bei Klausing, AktG., 1937.

[3]) Schlegelberger u. a., AktG., 3. Aufl. 1939, Anm. 10 zu § 101.

[4]) So Teichmann-Köhler, AktG., 2. Aufl., Anm. 2g; Gadow u. a., AktG., Anm. 8; etwas anders Ritter, AktG., 2. Aufl., Anm. 2b und 5 zu § 101.

[5]) Simon: BA. XXXVI, 242.

[6]) Vgl. insbes. S. 50 ff., 57 ff. Hierzu die Besprechung von Dietrich: DR. 1942, 1206 ff.

[7]) a. a. O. S. 130 ff.

[8]) a. a. O. S. 133.

festgefügte Zusammenfassung zweier und mehrerer Unternehmungen handelt. Aber der Konzern existiert ja nicht von Anfang an in fertiger Gestalt, seine Entwicklung vollzieht sich erst im Laufe längerer Zeit — durch allmählichen Erwerb von Beteiligungen etwa —, sie bleibt praktisch überhaupt niemals stehen, und häufig genug ist somit der Konzern zunächst in der Minderheit[9]), bis es ihm gelingt, in die bis dahin herrschende Verwaltung einzudringen.

Das Problem, um das es sich hier handelt, ist also das allgemeine aktienrechtliche Problem der Abgrenzung der Mehrheitsherrschaft gegen die Rechte der Minderheit, modifiziert durch spezifisch konzernrechtliche Gesichtspunkte, wobei das Konzerninteresse bald auf der Seite der Mehrheit, bald auf der der Minderheit liegt. Wir betrachten es im folgenden — ohne Anspruch auf Vollständigkeit — an Hand von zwei großen Gruppen von Tatbeständen. In erster Linie werden Fälle des Kampfes um die Macht innerhalb der Aktiengesellschaft als solche, um die Aufrechterhaltung bestehender, die Schaffung neuer Machtpositionen, insbesondere Konzernbildungen, erörtert. Im Anschluß hieran werden einige sonstige Fälle aus der Praxis behandelt, in denen es um die Berücksichtigung der Interessen des einzelnen Unternehmens und seiner Aktionäre einerseits, des Gesamtkonzerns und seiner Glieder andererseits geht.

1. a) Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte das Prinzip der Mehrheitsherrschaft kaum ohne Einschränkung zur Anwendung gebracht. Am bekanntesten ist wohl der Hibernia-Fall aus dem Jahre 1908 geworden[10]). Hier handelte es sich um die Ausgabe von Vorzugsaktien zum Mindestkurs von pari unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre. Vorstand und Aufsichtsrat sollten die Ausgabe der Aktien im einzelnen durchführen und dabei ermächtigt sein, „die Offerte solcher Personen und Institute abzulehnen, von welchen nach ihrem Ermessen anzunehmen ist, daß von ihnen der Besitz der neuen Aktien benutzt werde, um den Fortbestand der Gesellschaft zu gefährden“. Die Emission diente der Abwehr von Maßnahmen des preußischen Staates, der bereits ein erhebliches Paket von Hibernia-Aktien besaß und weitere Aktien erwerben wollte, um gewisse Verstaatlichungsbestrebungen im Bergbau durchzusetzen. Die Anfechtungsklage des Staates aus § 271 HGB. wurde abgewiesen, obwohl der Fiskus sich vor der Generalversammlung bereit erklärt hatte, die neu zu schaffenden Aktien zum Kurs von 117—120% zu übernehmen und allen Aktionären im Verhältnis ihres bisherigen Aktienbesitzes anzubieten. Die Begründung stellt darauf ab, daß der Beschluß der Generalversammlung auf gesetzlicher Grundlage mit der vorgeschriebenen Mehrheit zustande gekommen sei. Der Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre liege im freien Ermessen der Generalversammlung. Von einer Verletzung der besonderen im Gesetz vorgesehenen Minderheitsrechte (§§ 254, 264, 268, 288 HGB.) sei keine Rede. Die Beschlüsse der Mehrheit seien „für die Minderheit auch dann maßgebend, wenn sie dieser als verkehrt, wirtschaftlich nachteilig und die Bestrebungen der Minderheit schädigend erscheinen“. Eine „Verpflichtung der Mehrheit, die Interessen der Gesellschaft in dem Sinne zu wahren, in welchem die Minderheit diese Interessen auffaßt“, bestünde nicht. „An sich hat ... das Bestreben der Mehrheitsaktionäre der Beklagten, sich die Nutzungen eines seit langen Jahren eine gute Rente gewährenden großen Unternehmens unversehrt zu erhalten, ebenso seine sittliche Berechtigung, wie das vom staatlichen Interesse geleitete Bestreben des Klägers, dem Erwerbe des großen, im vollen Betriebe befindlichen Bergwerksbesitzes für den Staat die Wege zu ebnen.“ Unter solchen Umständen sei ein Kampf unvermeidlich, und es sei nichts dagegen einzuwenden, wenn die Mehrheit sich „auf dem Boden der gesetzlichen Bestimmungen ... im Besitze dessen zu erhalten sucht, was sie als ihr wertvollstes Eigentum schätzt“.

Das Hibernia-Urteil ist die erste bedeutsame Entscheidung des RG. zur Frage der Abgrenzung von Mehrheits- und Minderheitsrechten im Kampf um die Macht innerhalb der Aktiengesellschaft, der erste Fall, in dem es für die herrschende Aktionärgruppe um die Erhaltung ihres Einflusses gegen eine neu aufkommende Gruppe ging — ein Fall also, der auch vom Standpunkt der Konzernbildung aus von höchstem Interesse ist. Die Zeit nach dem ersten Weltkrieg hat dem RG. wiederholt Gelegenheit gegeben, seinen Standpunkt zu überprüfen. Das Stichwort, unter dem damals, während der großen Aktienkämpfe der zwanziger Jahre, der Kampf seitens der Verwaltungen geführt wurde, war das der „Überfremdungsgefahr“, der Besorgnis zunächst vor der „äußeren“ und später vor der „inneren“ Überfremdung der Aktiengesellschaft.

Das RG. hat Abwehrmaßnahmen der Verwaltungen gegen „Überfremdung“ der Gesellschaften grundsätzlich stets für zulässig erklärt. „Wenn die Mehrheit sich ihre Stellung planmäßig zu sichern bestrebt war, so enthält das ... keinen Verstoß gegen die guten Sitten“, heißt es in einer der ersten Nachkriegsentscheidungen, die sich mit der Ausgabe sog. Verwaltungsaktien, und zwar in Form von Vorzugsaktien, zu befassen hatte[11]). Das gilt selbst dann, wenn dadurch die übrigen Aktionäre „zu einer mehr oder minder fühlbaren Einflußlosigkeit“ gebracht werden[12]). Die Absicht, „den Einfluß der Verwaltung gegenüber dem sich in der Mehrheit der Aktionäre verkörpernden Einfluß des ... Kapitals ... zu stärken“, wird ausdrücklich anerkannt[13]). Besonders deutlich sind diese Gedanken im Fall der Hamburg-Südamerikanischen Dampfschiffahrts-Gesellschaft ausgesprochen[14]), deren Generalversammlung die Ausgabe von Stamm- und Mehrstimmrechts-Schutzaktien beschlossen hatte, um die herrschende Gruppe gegen „Überfremdung“ durch auswärtige, nicht-hanseatische Interessenten zu schützen. „Die Verstärkung und Erweiterung der Macht der Mehrheit“, heißt es hier, „ist auch nicht um deswillen sittenwidrig, weil hierdurch der Einfluß der Stammaktionäre weit zurückgedrängt wurde.“

Freilich gibt es sehr wohl Grenzen der Mehrheitsherrschaft. Ein Gesellschafter hat sich „grundsätzlich von den Interessen seiner Gesellschaft und nicht von seinen privaten, außerhalb der Gesellschaft liegenden Sonderinteressen leiten zu lassen“[15]). Eine Ausbeutung der Mehrheitsrechte gegenüber der Minderheit und Verfolgung eigensüchtiger Interessen hierbei unter bewußter Hintansetzung des Wohls der Gesellschaft — z. B. durch Verschleuderung des Unternehmens an ein anderes, an dem der Mehrheitsbesitzer ebenfalls interessiert ist[16]) — ist nicht statthaft. Auch das an sich berechtigte Ziel der Ausdehnung eines Konzerns darf nicht mit Mitteln verfolgt werden, die gegen das Gebot billiger und gerechter Behandlung der Aktionäre verstoßen, z. B. durch Überlassung von Aktien an eine „bevorzugte Gruppe“ unter dem Kurswert der Aktien und ohne effektive Aufwendungen derselben[17]). Die Abwehr einer Überfremdungsgefahr darf auch nicht als Vorwand benutzt werden, um unter diesem „Deckmantel die Interessen der Mehrheit zu betreiben“ und eine Minderheitsgruppe, die bereits Aktien besitzt und weitere erwerben will, zu entrechten[18]). Eine Kapitalerhöhung zu diesem Zweck, die ohne dringendes Kapitalbedürfnis und ohne nennenswerte Vorteile für die Gesellschaft beschlossen wird, geht „über das Maß einer erlaubten Abwehr“ hinaus und nähert sich einer „Zuwendung von Gratisaktien an Vorstand und Aufsichtsrat“[19]).

Einen besonders interessanten Fall betrifft die bereits oben erwähnte Entscheidung RGZ. 132, 149 ff.; JW. 1931, 2951, in der es sich um das Eindringen eines Konzerns in die bis dahin festgefügte Mehrheit einer

---

9) Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung RGZ. 132, 149 = JW. 1931, 2951.

10) RGZ. 68, 235 ff.

11) RGZ. 107, 67 ff. (1923).

12) RGZ. 108, 322 ff. = JW. 1925, 614.

13) RGZ. 113, 188 ff. = JW. 1926, 1813 (Ilse Bergbau A.G.).

14) RGZ. 119, 248 ff. = JW. 1928, 625.

15) RGZ. 107, 202 ff. = JW. 1924, 1150 (betr. eine Gewerkschaft sächs. Rechts).

16) So im Falle der in Anm. 15 zitierten Entscheidung.

17) RGZ. 108, 41 = JW. 1924, 679 (Kaliwerke Neustaßfurt).

18) RGZ. 112, 14 = JW. 1926, 543.

19) RG. a. a. O. Vgl. auch die besonders krassen Fälle JW. 1925, 1297 (ObGer. d. ehem. Freist. Danzig) und RGZ. 122, 159 ff. = JW. 1929, 651 (betr. eine GmbH.).

Gesellschaft handelt. Die Gesellschaft hatte die Ausgabe von Stammschutzaktien unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre beschlossen. Eine dem M.konzern angehörige Minderheitsaktionärin hatte Anfechtungsklage erhoben. Das RG. gab ihr teilweise statt und erklärte den Kapitalerhöhungsbeschluß für nichtig. Es kommt zu dem Ergebnis, daß die Kapitalerhöhung nicht zur Befriedigung eines vorhandenen oder in Aussicht stehenden Kapitalbedarfs, sondern zu dem Zweck erfolgt sei, „die Möglichkeit einer Einflußnahme der Klägerin bzw. des hinter ihr stehenden M.konzerns auf die Beklagte tunlich hintanzuhalten". Durch den angefochtenen Beschluß hätte die Verwaltungsgruppe eine große Verstärkung ihrer Stimmenmacht erhalten, während die Rechte der Minderheit erheblich verwässert worden wären. In solchen Fällen sei „eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung in der Richtung" notwendig, „ob der verfolgte Zweck nicht auch in sehr viel schonenderer Form sich erreichen" ließe. Eine Gesellschaft müsse „im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen lassen" und dürfe „deren Rechte nicht über Gebühr verkümmern". Zur Beseitigung der Überfremdungsgefahr hätte auch die mehr oder minder kapitallose Stimmrechtsaktie zur Verfügung gestanden, die nur hinsichtlich des Stimmrechts eine Verwässerung der bisherigen Rechte gebracht hätte. Auch hätte die Gesellschaft auf die Verständigungsangebote der Klägerin eingehen müssen, die ja auch ihrerseits ein Interesse an einer Verständigung gehabt habe. Statt dessen sei sie „weit über das erforderliche Maß hinausgegangen" und habe „in Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen die Minderheitsrechte in machtmißbräuchlicherweise verkümmert und verkürzt".

b) Welche Bedeutung kommt diesen Entscheidungen, die durchweg noch unter der Herrschaft der aktienrechtlichen Bestimmungen des HGB. ergangen sind, im Rahmen des Aktiengesetzes von 1937 zu?

Wenn wir von den speziellen, oben erwähnten konzernrechtlichen Vorschriften des AkG. absehen, ist die Frage der materiellen Gültigkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung hier nicht wesentlich anders geregelt als im HGB. An die Stelle der Anfechtungsklage aus § 271 HGB. ist die aus § 197 AktG. getreten. Anfechtungsgrund ist nach beiden Bestimmungen eine Verletzung des Gesetzes oder der Satzung (des Gesellschaftsvertrags). Die Unterschiede in der formalen Gestaltung des Anfechtungsrechts (§§ 271 Abs. 2—4, 272, 273 HGB. einerseits, §§ 198—200 AktG. andererseits) sind nicht von wesentlicher Bedeutung. Ebensowenig bringt die ausdrückliche Zulassung der Nichtigkeitsklage im neuen AktG. (§§ 195, 196, 201, 202) eine grundsätzliche Änderung des bisherigen Rechtszustandes.

Aber auch mit der Schaffung des besonderen, uns hier interessierenden Tatbestandes des § 197 Abs. 2 AktG. (rechtswidrige Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile) und des § 101 Abs. 3 AktG. (Wahrnehmung schutzwürdiger Belange) war eine prinzipielle Änderung des bisherigen Rechtszustandes jedenfalls nicht beabsichtigt. Auch nach der früheren Rechtsprechung hatte sich der Gesellschafter, wie wir gesehen haben, „grundsätzlich von den Interessen seiner Gesellschaft und nicht von seinen privaten, außerhalb der Gesellschaft liegenden Sonderinteressen leiten zu lassen"[20]) — eine Formulierung, die von der des § 197 Abs. 2 nicht allzusehr abweicht. Und andererseits war auch früher schon die Wahrung von Belangen gestattet, die die Praxis für „schutzwürdig" hielt, selbst wenn die übrigen Aktionäre dadurch „zu einer mehr oder minder fühlbaren Einflußlosigkeit"[21]) gebracht wurden. Insbesondere galten Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der bei einer Gesellschaft bestehenden Machtverhältnisse prinzipiell durchaus als schutzwürdig. Insofern also bestünden keine Bedenken, der früheren Rechtsprechung des RG. zur Abgrenzung der Mehrheitsrechte gegen die Rechte der Minderheit auch nach den Bestimmungen des AktG. von 1937 Geltung zuzuerkennen.

c) Eine andere Frage freilich ist es, inwieweit diese Rechtsprechung selbst Billigung verdient. Was ihr fehlt, ist m. E. eine Begründung aus spezifisch wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten. Die Wahrung der Interessen der herrschenden Mehrheit gilt als zulässig, selbst wenn dies auf Kosten der Minderheit geht. Nur gewisse Grenzen müssen dabei innegehalten werden, die Benachteiligung der Minderheit darf ein gewisses Maß nicht überschreiten. Es sind dieselben Gedanken, die wir auch anderweit — z. B. in wettbewerbsrechtlichen Urteilen — vielfach finden. Maßstab für die Entscheidung ist das „Durchschnittsempfinden aller billig und gerecht Denkenden", wie die bekannte Formel lautet. Eine eigentlich wirtschaftspolitische, aus der Struktur unserer Wirtschaftsverfassung entwickelte Begründung ist das nicht.

Indessen sollte eine solche Begründung wenigstens versucht werden. Sind wirklich Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung der bestehenden Machtverhältnisse innerhalb einer Aktiengesellschaft dienen, also beispielsweise auch der Aufrechterhaltung einer Konzernmacht — um mit § 101 Abs. 3 AktG. zu sprechen — „schutzwürdig", sofern sich dabei nur die etwaige Benachteiligung der Minderheitsaktionäre in gewissen Grenzen hält? Sowohl das HGB. wie das AktG. von 1937 gehen davon aus, daß die Anteilsrechte an einer Aktiengesellschaft in der Regel frei veräußerlich sind. Die Übertragung kann satzungsmäßig erschwert werden, so durch das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung bei Namensaktien (§ 61 Abs. 3). Dieser Fall stellt aber eine Ausnahme, nicht die Regel dar. Grundsätzlich ist die freie und leichte Übertragbarkeit der Aktie ein ganz wesentliches Prinzip unserer Aktiengesetzgebung, ja überhaupt der gesamten Wirtschaftsordnung. Das Gesetz, auch das AktG. von 1937, das doch zu einer Zeit weitgehendst fortgeschrittener Konzernbildung ergangen ist, rechnet mit der Möglichkeit wechselnder Mehrheiten.

Daraus folgt: Beschlüsse der Hauptversammlung zwecks Erhaltung bestehender Machtverhältnisse, insbesondere also Maßnahmen gegen „Überfremdung" einer Aktiengesellschaft, sind als solche niemals in dem Sinne „schutzwürdig", daß dadurch die Rechte anderer ersatzlos verletzt werden dürften. Gewiß, das Streben nach Erhaltung und Ausdehnung bestehender Macht ist erlaubt, ja es ist sogar Bestandteil unserer Wirtschaftsverfassung. Aber der Kampf um den Erwerb neuer Machtpositionen, das Bestreben von Minderheitsaktionären, in die bestehende Verwaltung einzudringen und damit vielleicht die Grundlage für eine neue Konzernbildung zu legen, ist gleichfalls erlaubt. Jeder Versuch, die Berechtigung der hier einander widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen, stellt den Richter vor juristisch schlechthin unlösbare Aufgaben, weil es sich dabei gar nicht mehr um Rechtsfragen handelt. Kein Gericht ist in der Lage zu beurteilen, ob die bisherige Herrschaft des A-Konzerns über ein Unternehmen mehr den Interessen dieses Unternehmens und der Gesamtwirtschaft dient als die Herrschaft des B-Konzerns, der — etwa durch Aktienaufkäufe — in das Unternehmen einzudringen sucht. Sofern diese Frage überhaupt zum Gegenstand einer Hoheitsentscheidung gemacht werden soll, gehört sie vor die Verwaltungsbehörden, nicht aber vor die ordentlichen Gerichte. Die Übertragung solcher Aufgaben an eine Verwaltungsbehörde wäre nicht einmal neu, wie die VO. über Aktienbesitz v. 4. Dez. 1941 (RGBl. I, 744) beweist. Hiernach ist der RWiM. ermächtigt, Vorschriften über die Anmeldung und Ablieferung von Wertpapieren zu erlassen, die seit dem 1. Sept. 1939 gekauft sind. Der RWiM. hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht (1. DurchVO. v. 2. Jan. 1942 [RGBl. I, 23], 2. DurchfVO. v. 9. Juni 1942 [RGBl. I, 383]). Zweck dieser Bestimmungen ist bekanntlich in erster Linie die Überwachung unerwünschter Konzernbildungen, zu denen die Flüssigkeit des Geldmarktes während des Krieges etwa Anlaß gegeben haben könnte.

Für die hier vertretene Auffassung spricht weiter auch folgende Erwägung. Noch die Entscheidung RGZ. 132, 149 ff. hatte den Verwaltungen als Abwehr gegen „Überfremdungsgefahr" die Ausgabe von „mehr oder minder kapitallosen" Mehrheitsstimmrechtsaktien nahegelegt, die nur hinsichtlich des Stimmrechts eine Verwässerung der

[20]) RGZ. 107, 202 ff. = JW. 1924, 1150.
[21]) RGZ. 108, 322 ff. = JW. 1925, 614.

bisherigen Anteilsrechte bedeuteten und daher für die Minderheitsaktionäre weit weniger gefährlich seien als die Ausgabe von Stammaktien. Das Aktienrecht selbst hat nun bekanntlich die Mehrstimmaktien grundsätzlich beseitigt (§ 12 Abs. 2 AktG.), und zwar wegen der vielfach mit ihnen getriebenen Mißbräuche. Wenn aber die Stimmrechtsaktie als „Schutzaktie“ nach Auffassung des RG. immerhin weniger gefährlich ist als die Stammaktie, so folgt daraus, daß unter der Herrschaft des neuen AktG. der Ausgabe von Stammschutzaktien erst recht besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden muß.

Dabei sollte die Rechtsprechung — das ist die praktische Folgerung aus unseren Ausführungen — der Ausgabe aller Arten von Schutz-, Vorrats- und ähnlichen Aktien grundsätzlich mit kritischem Mißtrauen begegnen. Zwar ist der materielle Ausschluß des allgemeinen Bezugsrechts der Aktionäre, der praktisch zum Wesen dieser Aktien gehört, zulässig, sofern die besonderen, vom Gesetzgeber gegenüber dem früheren Zustand (§ 282 HGB.) mit Recht erheblich erschwerten Voraussetzungen (§ 153 AktG.) gegeben sind. Das ändert aber natürlich nichts daran, daß der Beschluß über die Ausgabe der Aktien der materiellrechtlichen Prüfung unterliegt. Da die Aufrechterhaltung der bestehenden Macht- und Konzernverhältnisse, die Beseitigung einer „Überfremdungsgefahr“ als solche, kein schutzwürdiges Ziel darstellt, ist der Beschluß anfechtbar, sofern er die Mehrheit oder dritte Personen zu Lasten der Minderheit bevorzugt (§ 197 Abs. 2). Der Schwerpunkt sollte dabei durchaus auf das objektive Moment der Bevorzugung bzw. Benachteiligung, nicht auf den subjektiven, nur schwer nachweisbaren Vorsatz der Mehrheit gelegt werden. Eine solche Bevorzugung ist insbesondere stets anzunehmen, wenn die neuen Aktien zu einem niedrigeren Kurs ausgegeben werden, als es dem inneren Wert der alten Aktien (nicht etwa dem Börsenkurs) entspricht.

2. Welches Anwendungsgebiet verbleibt hiernach für die Berücksichtigung von Konzerninteressen im Rahmen des § 101 AktG., wenn die Aufrechterhaltung bestehender Konzernmacht als solche kein schutzwürdiges Ziel darstellt?

Der Gedanke, daß dem Richter eine Abwägung der Konzerninteressen der herrschenden Mehrheit gegen die der Minderheit — die ja auch die eines Konzerns sein können — obliege, scheint uns, wie oben dargelegt, verfehlt. Nicht um einen Vergleich individueller wirtschaftlicher Zielsetzungen, also um reine Zweckmäßigkeitserwägungen, kann es sich für die Gerichte handeln, sondern um die Prüfung von Rechtsfragen. Grundsätzlich sind beide Interessen, die der herrschenden Mehrheit und die der Minderheit, gleichwertig. Dabei darf die Mehrheit die Interessen des Unternehmens durchaus so verfolgen, wie sie sie sieht — das ist die unausweichliche Folge aus dem nun einmal das Aktienrecht beherrschenden Mehrheitsprinzip. Nur darf sie dabei nicht sich oder Dritte zu Lasten der Minderheit bevorzugen (§ 197 Abs. 2 AktG.). An sich müßte dieser Grundsatz uneingeschränkt gelten. Aber — und darin liegt u. E. die Bedeutung der §§ 101 Abs. 3, 197 Abs. 2 — die Gesellschaft mag nachweisen, daß die Schädigung der Minderheit durch den Beschluß der Mehrheit unvermeidlich war und auf ein Mindestmaß beschränkt ist. In diesem Falle mag ihr zugebilligt werden, daß sie trotz Schädigung der Minderheit schutzwürdige Belange verfolgt hat. Wie dies zu verstehen ist, wird am besten an einem typisch konzernrechtlichen Beispiel verdeutlicht.

Die Mehrheit der Aktien der Aktiengesellschaft A befindet sich im Besitz der Aktiengesellschaft B. B wünscht aus steuerlichen Gründen mit A einen Gewinnabführungsvertrag (§ 256 AktG.) zu schließen und faßt mit der vorgesehenen Mehrheit einen entsprechenden Beschluß in der Hauptversammlung von A. Würde dieser Beschluß die Rechte der Minderheitsaktionäre überhaupt nicht berücksichtigen, so wäre er zweifellos nach § 197 Abs. 2 anfechtbar. Sind diese Rechte dagegen in angemessener Weise berücksichtigt — z. B. durch eine Dividendengarantie zugunsten der freien Aktionäre —, so mag das Interesse der Mehrheit als schutzwürdig anerkannt werden, auch wenn eine gewisse Schädigung der Minderheitsaktionäre — durch ihre Herabdrückung zu bloßen Rentenempfängern — nach wie vor gegeben ist.

Ähnlich liegt es, wenn die herrschende Mehrheit — unter den vorgeschriebenen Voraussetzungen — im Konzerninteresse die Verschmelzung des Unternehmens mit anderen Konzernfirmen oder seine Stillegung beschließt. Auch hier ist es für den Richter niemals möglich, die Zweckmäßigkeit der beschlossenen Maßnahmen nachzuprüfen, das Interesse des Konzerns gegen das der freien Aktionäre abzuwägen, es sei denn, er wollte der größeren Stimmenmacht als solcher auch das höhere Recht zuerkennen. Was er prüfen kann und muß, ist dagegen die rechtliche Zulässigkeit des Mehrheitsbeschlusses, die Frage, ob die etwaige Schädigung der Minderheit durch diesen unvermeidlich war und auf das gebotene Mindestmaß beschränkt wurde, gegebenenfalls, ob die Minderheit für die eingetretene Verkürzung ihrer Rechte angemessen entschädigt worden ist.

## IV.

Die bisherigen Ausführungen haben lediglich Maßnahmen der Aktiengesellschaften berücksichtigt, deren Entscheidung zur Zuständigkeit der Hauptversammlung gehört, in erster Linie also Kapitalerhöhungsbeschlüsse, Gewinngemeinschaftsverträge usw. Es bleibt noch die Frage offen, in welcher Weise sonst, also in Angelegenheiten, deren Entscheidung dem Vorstand obliegt, Konzerninteressen gegenüber den etwa abweichenden Interessen der Gesellschaft und der konzernfreien Aktionäre zu berücksichtigen sind. Wir erwähnten eingangs den Fall der Aufgabe der bisher mit Erfolg betriebenen Produktion gewisser Erzeugnisse im Konzerninteresse oder die Lieferung von Waren zu bevorzugten Preisen an Konzernunternehmen.

Die Behandlung solcher Fälle kann grundsätzlich keine andere sein als die der eben erörterten. Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern (§ 70 Abs. 1 AktG.). Er macht sich ersatzpflichtig, wenn er sich pflichtwidrig bestimmen läßt, einem Aktionär zum Schaden der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre gesellschaftsfremde Sondervorteile zu verschaffen, es sei denn, daß es sich um schutzwürdige Belange handelt (§ 101 Abs. 1—3 AktG.).

Die eigene Verantwortlichkeit des Vorstands schließt natürlich nicht aus, daß er sich — insbesondere bei Konzerngesellschaften — hinsichtlich seiner Geschäftspolitik sowohl im Grundsatz wie gegebenenfalls im einzelnen von den Wünschen der Mehrheit des Unternehmens leiten lassen muß — kein Vorstand ist praktisch und rechtlich (§ 75 Abs. 3 AktG.) in der Lage, auf die Dauer gegen diese Wünsche zu handeln. Andererseits enthebt ihn die Berücksichtigung derselben, insbesondere innerhalb der Sphäre des Rechts, nicht der eigenverantwortlichen Prüfung des von ihm Verlangten. Eine Richtschnur geben ihm dabei die Bestimmungen des § 101 AktG.

Nun wird die Erlangung von „Sondervorteilen“ durch die Konzernmehrheit häufig gar keine Schädigung der Gesellschaft oder ihrer Minderheitsaktionäre bedeuten[22]). Man denke etwa an den Fall, daß der Konzern im Zuge eines Rationalisierungsprogramms zugleich mit der Einstellung der Produktion gewisser Erzeugnisse die Aufnahme einer anderweiten Produktion durch die von ihm beherrschte Gesellschaft verfügt, durch die diese einen völligen Ausgleich für die durch die Produktionseinstellung hervorgerufene Umsatz- und Gewinnschmälerung erhält. Oder auch daran, daß die Konzernleitung die Erzeugnisse einer Tochtergesellschaft zwar zu ermäßigten Preisen liefern, dafür die Gesellschaft aber durch andere Konzernunternehmen auch zu bevorzugten Preisen mit Rohmaterialien versorgen läßt. In diesem Fall kann von einer Schädigung der Gesellschaft oder der Minderheitsaktionäre nach Sachlage vielleicht überhaupt keine Rede sein.

Aber es gibt natürlich auch Fälle tatsächlicher Schädigung einer Konzerngesellschaft oder der Minderheitsaktionäre durch Maßnahmen der Konzernpolitik. Ist eine

[22]) Vgl. Ritter, AktG., 2. Aufl., Anm. 2b zu § 101.

Konzerngesellschaft verpflichtet, ihre Produktion ohne Gewinn oder nur mit einem minimalen Gewinn einer anderen Konzerngesellschaft zu liefern, ohne daß sie dafür von dem Konzern einen Ausgleich erhält, so ist die Gesellschaft und sind die Minderheitsaktionäre geschädigt, wobei — privatrechtlich gesehen — die Schädigung der letzteren entscheidend ist. Der Vorstand der Gesellschaft wird gleichwohl die von ihm im Interesse der Konzernpolitik verlangte Lieferungsverpflichtung als solche nicht ablehnen dürfen: die Frage der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit dieser Lieferung kann nur der Konzernleiter, nicht der Vorstand der einzelnen Konzerngesellschaften entscheiden. Aber er wird unter eigener Verantwortung auf die Wahrung der Interessen der Minderheitsaktionäre bedacht sein, und falls er nicht ermächtigt werden sollte, diese in angemessener Weise zu berücksichtigen, die Eingehung der gewünschten Verpflichtung von sich weisen müssen. Für die Konzernpolitik ist auch hier die Konzernleitung, also die herrschende Mehrheit, verantwortlich, ohne daß diese Verantwortlichkeit — abgesehen von dem Fall einer Pflichtverletzung — einer Nachprüfung und Kritik durch die Gerichte unterläge. Was die Mehrheit in dieser Hinsicht beschließt, ist auch für die Minderheit maßgebend. Die Wahrung konzernrechtlicher Grundsätze dagegen — sei es bei der Entscheidung von Anfechtungsklagen aus § 197 AktG., sei es bei der Prüfung der Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsratsmitgliedern nach §§ 84, 90, 101 AktG. — darf den Gerichten keinesfalls genommen werden.

V.

Die hier vertretene Auffassung kommt im Ergebnis der Ansicht nahe, die Filbinger in seiner eingangs erwähnten Schrift „Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht" dargelegt hat. Freilich hält Filbinger die Vorschrift des § 101 Abs. 3 AktG. für einen bedauerlichen Rückschritt, der das im übrigen Erreichte zu vernichten drohe[23]), während wir der Auffassung sind, daß der Wortlaut des Gesetzes eine der typischen Interessenlage gerecht werdende Entscheidung keineswegs hindert. Außerdem bieten gewisse Ausführungen Filbingers in der Tat Anlaß zu Bedenken und haben der Kritik[24]) ihren Angriff verhältnismäßig leicht gemacht. Filbinger meint[25]), daß eine Gesellschaft, die einem Konzern eingegliedert sei, sich unter Umständen Eingriffe in ihre bisherige wirtschaftliche Funktion gefallen lassen müsse, aber einen „Anspruch auf Ausgleichsleistungen" habe. Diese Formulierung ist allerdings mißverständlich. Sie könnte zu der Vorstellung verleiten, daß es sich um eine Forderung der Gesellschaft (oder der Minderheitsaktionäre?) gegen die Mehrheitsaktionäre handele. Das ist nicht der Fall. Eine nach Sachlage angemessene Berücksichtigung der Interessen der Minderheitsaktionäre ist vielmehr Voraussetzung für die materielle Gültigkeit (§ 197 Abs. 2) des Beschlusses der Hauptversammlung, durch den die Konzernmehrheit ihre Interessen verfolgt, Voraussetzung für die Entlastung des Vorstands (§ 101) wegen seiner Maßnahmen im Interesse des Gesamtkonzerns. Die — auf ihre Zweckmäßigkeit grundsätzlich nicht nachprüfbare — Wahrnehmung der Mehrheitsinteressen ist „schutzwürdig" nur, wenn diese Voraussetzung gegeben ist. Nur in einem solchen Sinn kann von einem „Ausgleichsanspruch" gesprochen werden.

B.

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. jur. et rer. pol. Dietrich, Berlin

In meinem Aufsatz DR. 1942, 1206 ff.: „Zum Stimmrecht der Aktionäre" durfte ich unter Würdigung der Ausführungen von Fechner, „Die Treubindungen des Aktionärs..." und Filbinger, „Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht" darlegen:

„Eine grundsätzliche Erörterung des Verhältnisses von Mehrheit und Minderheit und der Frage, nach welchen Gesichtspunkten der Aktionär in der Hauptversammlung sein Stimmrecht auszuüben hat, muß sich — sollen allgemeingültige Ergebnisse erzielt werden — auf jeden Aktionär erstrecken, gleichgültig, ob er eine oder mehrere oder viele Aktien der Gesellschaft besitzt, ob er freier nur seine eigenen Interessen wahrnehmender oder konzerngebundener, von den Interessen des Konzerns geleiteter Kleinst-, Klein- oder Großaktionär ist."

Das AktG. hat in den §§ 197 Abs. 2 und 101 Abs. 3 den Weg gewählt, daß es jedem Aktionär, dem Kleinstwie dem Großaktionär, dem „freien" wie dem Konzernaktionär das Recht gibt, seine eigenen „schutzwürdigen Belange" insbesondere durch Ausübung seines Stimmrechts in der Hauptversammlung zur Geltung zu bringen — auch für die Auflösung der Gesellschaft zu stimmen —, ohne sich damit einer Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft oder den Mitaktionären (vgl. § 101 Abs. 3 AktG.) oder der Anfechtung der unter seiner Mitwirkung gefaßten Hauptversammlungsbeschlüsse auszusetzen (vgl. § 197 Abs. 2 Satz 2 AktG.). Diese Regelung entspricht — wie ich a. a. O. dargetan habe — auch allein der Sachlage. Denn es kann weder von einem Aktionär noch von einem Dritten verlangt werden, daß er seine berechtigten Belange zurückstellt und allein auf das Gesellschaftswohl bedacht ist (amtliche Begründung).

All das gilt aber nicht nur für den Minderheitsaktionär, der unter Hinweis auf die Schutzwürdigkeit seines rein persönlichen, das Gesellschaftswohl nicht berührenden, u. U. sogar schädigenden Interessen, z. B. an hoher Ausschüttung und hohen Kursgewinnen zugunsten dieser seiner Sondervermögensbelange wirkende Entschlüsse der Verwaltung und der Hauptversammlung fordert, sondern auch für die anderen, die Mehrheit bildenden Aktionäre, die zur Wahrung ihrer andersgearteten, ebenfalls aber schutzwürdigen Belange, z. B. ihrer Konzerninteressen, ihr Stimmrecht ausüben.

Für alle Aktionäre gilt ferner, daß die schutzwürdigen Belange nicht notwendig eigene Belange des Handelnden zu sein brauchen. Auch der Aktionär, der den mit seinem Stimmrecht verfolgten Vorteil nicht für sich selbst, sondern für seinen Sohn, seine Ehefrau oder eine ihm sonst nahestehende natürliche oder juristische Person, z. B. eine Konzerngesellschaft erstrebt, kann damit schutzwürdigen Belangen dienen.

Die §§ 197 Abs. 2 und 101 Abs. 3 AktG. enthalten sonach keinen konzerntypischen, sondern einen allgemeingültigen Tatbestand mit der Folge, daß auch der Konzernaktionär wie jeder andere Aktionär sein Stimmrecht und seinen Einfluß zu seinem oder zum Vorteil eines ihm Nahestehenden ausüben kann. Weshalb nach Rasch nun gerade das grundlegende Interesse jedes Aktionärs, insbesondere des der Mehrheit angehörigen an der Erhaltung seines ihm als solchen gegebenen Einflusses „niemals" schutzwürdig ist, ist nicht erkennbar. Der Umstand, daß sein Aktienrecht regelmäßig freiveräußerlich ist, kann doch keine Begründung dafür abgeben, die Schutzwürdigkeit seines Interesses an der Erhaltung seines Aktienrechts und damit seines Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft zu verneinen. Mit der gleichen Erwägung könnte die Schutzwürdigkeit jedes veräußerlichen Rechts, z. B. des Grundstückseigentums und des aus diesem folgenden „Machtverhältnisses" abgelehnt werden. Wird mit jener Begründung die Aufrechterhaltung, wie die Verstärkung der Machtposition der bestehenden Mehrheit als „schutzwürdiges Ziel" verneint, müßte — was Rasch offenbar übersieht — mit denselben Gründen auch das Interesse des Minderheitsaktionärs an der Erhaltung und der Vermehrung des mit seinem Aktienbesitz verbundenen Machtverhältnisses als nicht schutzwürdig bezeichnet werden.

Selbstverständlich kann auch das Streben „nach Erhaltung bestehender Machtverhältnisse" schutzwürdig sein. Rasch selbst hält es an anderer Stelle für „erlaubt", erklärt sogar „das Streben nach Erhaltung und Ausdehnung bestehender Macht" als „Bestandteil unserer Wirtschaftsauffassung". Auch „der Kampf um den Erwerb neuer Machtpositionen, das Bestreben von Minderheitsaktionären in die bestehende Verwaltung einzudringen und damit vielleicht die Grundlage für eine neue Konzernbildung zu legen" ist nicht nur „gleichfalls er-

[23]) S. 130 f.
[24]) Vgl. Dietrich: DR. 1942, 1206 ff., 1210.
[25]) S. 131 ff.

laubt", kann vielmehr ebenfalls schutzwürdigen Belangen dienen. Weshalb aber „jeder Versuch, die Berechtigung der hier einander widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen, ... den Richter vor juristisch schlechthin unlösbare Aufgaben" stellt, ist nicht ersichtlich. Denn der Richter hat nach §§ 197 Abs. 2, 101 Abs. 3 AktG. nur zu prüfen, ob der Aktionär mit seinem Stimmrecht oder seinem Einfluß einen Vorteil für sich oder ihm Nahestehende erstrebt, der schutzwürdigen Belangen dient. Sind sowohl die Interessen der Mehrheit z. B. auf Erhaltung ihrer Machtposition, wie die der Minderheit z. B. auf Eindringung in die Verwaltung schutzwürdig, so entscheidet eben unanfechtbar und Ersatz- oder Ausgleichspflichten ausschließend, die Mehrheit. Würde es z. B. der derzeitigen Minderheit in ihrem „Kampf um den Erwerb neuer Machtpositionen" gelingen, die Mehrheit zu erhalten, würden sie und ihr Vertreter, der soeben noch mit starken Worten von der bisherigen Mehrheit „Ausgleichsleistungen" oder „im Ergebnis nahe"kommende Pflichten forderte — weil sie „kraft ihrer Mehrheit" ihre schutzwürdigen Sondervorteile durchzusetzen vermochte —, mit Entrüstung gleichartige Forderungen der nunmehrigen Minderheit ablehnen; desgleichen die von Rasch befürwortete Entscheidung von „Verwaltungsbehörden", bezüglich deren übrigens sein Hinweis auf die AktienbesitzVO. und deren Zweck fehlgeht (vgl. über diese meinen Aufsatz in der „Sozialen Praxis" 1942, 519 ff.); abgesehen davon, daß Rasch unbegründet läßt, weshalb er zur Prüfung schutzwürdiger Belange nicht die ordentlichen Gerichte, sondern allein Verwaltungsbehörden für geeignet hält. Der Umstand, daß die zur Mehrheit Gehörigen ihre schutzwürdigen Sonderinteressen durchsetzen, mithin einen Vorteil von den Mehrheitsbeschlüssen haben, während die in der Minderheit Gebliebenen ihre schutzwürdigen Sonderwünsche nicht erfüllt sehen und dadurch zugunsten der Mehrheit benachteiligt sind, ist eben eine allgemeine Folge der Anerkennung des Mehrheitsprinzips (Dietrich: DR. 1942, 1210).

Für den Konzernaktionär gilt sonach, wie ich im einzelnen ebenda ausführen durfte, insoweit nichts Besonderes. Er ist wie jeder Aktionär berechtigt, sein Stimmrecht und seinen Einfluß zum eigenen oder Dritter, insbesondere ihm Nahestehender Vorteil auszuüben, der schutzwürdigen Belangen dient. Auch hinsichtlich der auf das gesamte Gesellschaftsrecht anzuwendenden allgemeinen Grundsätze, über die ich mich in meinem Aufsatz „Die nationalsozialistischen Grundgedanken in der Entwicklung des Gesellschaftsrechts" (DR. 1943, 109) verhalten konnte, steht der Konzernaktionär nicht unter Sonderrecht. Für ihn wie für jeden Aktionär gelten als oberste Richtlinien die §§ 157, 242 BGB. mit dem durch die nationalsozialistische Rechtsauffassung geläuterten Inhalt. Der von ihnen erstrebte Sondervorteil dient nur dann schutzwürdigen Belangen i. S. der §§ 197 Abs. 2 und 101 Abs. 3 AktG., wenn er dem Interesse der Volksgemeinschaft und ihrem Rechtsempfinden und damit auch den nationalsozialistischen Anschauungen von Volk und Recht entspricht (vgl. hierzu Dietrich: DR. 1943, 109).

# Rechtspolitik und Praxis

## Die Unentbehrlichkeit der Anwaltschaft

DR. 1942, 1572 und 1575 finden sich zwei Aufsätze „Zur Lage der Anwaltschaft" und „Anwaltsfragen", denen ich als Richter nur aus voller Überzeugung beipflichten kann, namentlich insoweit, als diese Ausführungen sich auf die Unentbehrlichkeit eines hochstehenden Anwaltsstandes beziehen. Es wird mir immer unverständlich bleiben, daß es Richter und Behörden geben soll, die meinen: sie behandelten die Sache so objektiv und berücksichtigten die Interessen der Beteiligten so gut, daß die Beratung und Vertretung durch einen Anwalt unnötig sei.

Ich bin seit mehr als 20 Jahren Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen und kann nur sagen, daß ich in den zahlreichen, äußerst verwickelten und rechtlich schwierigen Prozessen, die ich zu entscheiden hatte, die Mitwirkung der Anwälte stets nur dankbar begrüßt habe. Ja noch mehr: ich könnte geradezu nur mit Grausen daran denken, daß es in diesen Prozessen mangels Anwaltszwanges den Parteien gestattet gewesen wäre, ihre Sache selbst auszufechten. Der Anwalt leistet dem Richter eine außerordentlich dankenswerte Hilfe dadurch, daß er das oft mehr oder weniger verworrene und nicht zur Sache gehörende Vorbringen der Partei sichtet und das für den Rechtsstreit Wesentliche herausstellt. Weiter ist es für den Richter von unschätzbarem Werte, daß er mit den Anwälten, die die gleiche Vorbildung haben wie er, die maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte erörtern, ihnen Vorhalte machen, ihre Gegengründe anhören und gemeinsam mit ihnen den Weg beratschlagen kann, wie man am besten und einfachsten aus der Sache herauskommen kann. Hätte man statt der Anwälte nur die Parteien selbst vor sich, müßte man erst viel Mühe aufwenden, um ihnen die Sach- und Rechtslage klarzumachen.

Ferner bin ich stets dankbar gewesen, daß mir die Anwälte oft Entscheidungen höherer Gerichte, Literaturstellen, Gesetze und VO. aufgezeigt haben, die ich sonst vielleicht übersehen hätte. Der alte Satz „jura novit curia" ist bei der Fülle der seit dem Umbruch ergangenen neuen Gesetze usw. sehr problematisch geworden, und die Rechtsprechung ist gleichfalls für den Richter kaum noch übersehbar. Ich bin immer ein Anhänger des Kollegialsystems gewesen, weil sechs Augen mehr sehen als zwei. Daher ist jetzt, wo fast nur der Einzelrichter entscheidet, die Mitwirkung zweier Anwälte doppelt erwünscht.

Bei der Beweisaufnahme habe ich es oft dankbar empfunden, daß der Anwalt mich durch geeignete Fragestellungen unterstützt hat. Wenn ein Richter an einem Vormittage fünf oder mehr Sachen zur Beweisaufnahme anstehen hat, ist es klar, daß er in der Einzelsache leichter einen wesentlichen Punkt übersieht als der Anwalt, der in dem fraglichen Termin oft nur diese eine Sache wahrzunehmen und sich besonders sorgfältig auf sie vorbereitet hat.

Dankbar muß ich auch anerkennen, daß die Anwälte mir sehr häufig geholfen haben, verwickelte und schwierige Prozesse zu vergleichen. In vielen Fällen hätte ich solche Vergleiche nicht zustande gebracht, wenn nicht der Anwalt seinen ganzen Einfluß auf die Partei aufgeboten hätte. Nur dadurch, daß der Anwalt bereitwillig auf die Argumentation des Richters einging und seinerseits die Partei überzeugte, sind oft Vergleiche ermöglicht worden.

Zur Steuer der Wahrheit muß freilich gesagt werden, daß es leider auch heute noch Anwälte gibt, auf die Obiges nicht oder nur beschränkt zutrifft. Bei einzelnen Anwälten hat man das bestimmte Gefühl, daß sie im Interesse ihrer Gebühren nur das Bestreben haben, den Rechtsstreit möglichst durch alle Instanzen durchzufechten. Sie raten daher vom Vergleich ab, suchen die Sache möglichst zu komplizieren, bringen offensichtlich unbegründete Einwendungen vor, stellen endlose und verwirrende Fragen an die Zeugen usw.

Wahrheitsgemäß muß ich jedoch wiederum sagen, daß die Zahl solcher Anwälte — jedenfalls hier in Bremen — verschwindend gering ist. Infolgedessen hat zwischen Richtern und Anwälten in Bremen stets das denkbar beste Verhältnis geherrscht, und das wird gewiß so bleiben. Der oben geschilderte unerfreuliche Anwaltstyp wird mehr und mehr aussterben.

Zusammenfassend kann ich nur sagen, daß mir von einer allgemeinen Anwaltsfeindlichkeit — weder beim rechtsuchenden Publikum, noch bei den Richtern — etwas bekannt ist. Ich kann nur der Hoffnung und dem Wunsche Ausdruck geben, daß das, was die Herren Dr. Seydel und Dr. Badura ausgeführt haben, Wirklichkeit wird

und wir im nationalsozialistischen Staat einen allseitig hochgeachteten, auch materiell möglichst von Sorgen befreiten Anwaltsstand bekommen. Unter keinen Umständen darf der Anwalt beamtet werden. Die Gründe dagegen liegen auf der Hand.

LGDir. Bredenkamp, Bremen.

---

## Welcher Auflage ist bei der Veräußerung von bäuerlichen Entschuldungsbetrieben der Vorrang zu geben?

Bekanntlich kann das Entschuldungsamt bei der Veräußerung von Entschuldungsbetrieben die nach der VO. v. 6. Jan. 1937 erforderliche Gnehmigung von der Erfüllung einer Auflage abhängig machen (§ 1 Abs. 2 a. a. O.). Grundsätzlich wird das Entschuldungsamt pflichtgemäß in all den Fällen von dieser Bestimmung Gebrauch machen, in welchen nach dem Vertrage größere Kaufsummen als Gegenleistung an den Veräußerer zu zahlen sind. Hier wird das Entschuldungsamt nach Rücksprache mit dem zuständigen KrBF. und den beteiligten Hypothekengläubigern die Genehmigung von der Erfüllung der Auflage abhängig machen, daß der Verkaufserlös zur Tilgung der Schuldenregelungshypotheken Verwendung findet, um auf diese Weise eine Verringerung der Schuldenlast und Jahresleistung des in seinem Umfange kleiner gewordenen Entschuldungsbetriebes zu erreichen.

Nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 2 a. a. O. ist die Genehmigung zu versagen, wenn nicht sichergestellt ist, daß ein angemessener Teil des Erlöses zum Ausgleich der vom Reich oder von den Gläubigern gebrachten Opfer an das Reich abgeführt wird. Diese Sicherstellung kann nur im Wege der Auflage erreicht werden (§ 2 Abs. 2). In diesen Fällen muß also das Entschuldungsamt grundsätzlich bei der Genehmigungserteilung die entsprechende Auflage machen. Dabei mag erwähnt werden, daß zu den gebrachten Opfern des Reiches auch die durch die Errichtung der Entschuldungsämter entstandenen allgemeinen Unkosten zu rechnen und als solche grundsätzlich in Höhe der dreifachen Prozeßgebühr der BerlInst. — berechnet nach dem Kaufpreis — zu berücksichtigen sind. Das Entschuldungsamt muß also grundsätzlich in allen Fällen der Veräußerung von Entschuldungsbetrieben seine Entscheidung von der Erfüllung der Auflage abhängig machen, daß der Verkaufserlös im Rahmen des Entschuldungsplans zur Verringerung der Schulden Verwendung findet.

Die überwiegende Mehrzahl der Verkäufe erfolgt, damit mit dem Erlöse ein Teil der Schulden abgedeckt und die Jahresleistung gesenkt wird. Daß bei Verfolg dieses Zieles das Entschuldungsamt auf Grund seiner Kenntnisse über die Persönlichkeit des Betriebsinhabers und die Wirtschaftlichkeit des Entschuldungsbetriebes mitzuwirken hat, dürfte nicht zweifelhaft sein.

Ebenso kann aber auch das AEG. bei der Abveräußerung von Erbhöfen, die sich in der Entschuldung befanden und auf Grund des eingetragenen Entschuldungsvermerks als Entschuldungsbetriebe erkenntlich sind, seine Genehmigung von der Erfüllung einer Auflage abhängig machen (§ 37 Abs. 2 REG.). Das AEG. hat im Wege der Auflage eine Festlegung des Kaufpreises vorzunehmen, „wenn die Verhältnisse des Hofeigentümers die Verwendung des Kauferlöses zu erbhofrechtlichen Zwecken, namentlich zur Schuldentilgung erfordern“ (Beschl. d. LEHG. Celle v. 23. Juni 1942: RdRN. H. 21).

Aus dieser gleichen Verpflichtung können sich nun rechtliche Schwierigkeiten ergeben, sobald die Entscheidungen des Entschuldungsamtes und des AEG. hinsichtlich der Auflagen voneinander abweichen. Es kann vorkommen, daß das AEG. eine andere Verteilung des Erlöses vornimmt, als das Entschuldungsamt beschlossen hat. In manchen Fällen macht das AEG. nur zur Auflage, daß der entschuldete Erbhofbauer über den Erlös nur mit Zustimmung des KBF. verfügen darf. Das AEG. hält diese Festlegung für ausreichend. Es ordnet selbst also eine Verteilung des Erlöses im Wege der Auflage nicht an. Diese allgemeine Bindung und Sicherstellung des Erlöses rechtfertigt sich oft aus dem Grunde, weil das AEG. bei seiner Entscheidung über die Schuldlage des Bauern im einzelnen nicht genügend unterrichtet ist, insbesondere nicht immer sofort übersehen kann, welche Lasten an Hand des aufgestellten und rechtskräftig bestätigten Entschuldungsplans in erster Linie im Interesse des Hofes abgestoßen werden müssen.

Andererseits kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Entschuldungsamt seine Genehmigung von einer derart allgemeinen Auflage nicht abhängig machen kann. Es hat als die allein zuständige Stelle das Entschuldungsverfahren durchgeführt und die vorhandenen Schulden des Betriebes geregelt. Es hat vor Aufstellung des Planes auf Grund eingehender, an Ort und Stelle vorgenommener Feststellungen die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Betriebes geprüft. Es kennt die Schuldenlage des Bauern genau; es ist gleichzeitig über die Lage der Gläubiger auf Grund der regelmäßig stattgefundenen Gläubigerversammlungen im Bilde. Es kann also die Verteilung des Erlöses zugleich unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger vornehmen. Das Entschuldungsamt muß deshalb auf Grund seiner gewonnenen Kenntnisse in Erfüllung seiner Aufgaben an Hand des Entschuldungsplanes oder Vergleichsvorschlags eine bestimmte Verteilung des Erlöses vornehmen.

Infolgedessen können sich bei den Entscheidungen des AEG. und des Entschuldungsamtes hinsichtlich der gemachten Auflagen Abweichungen ergeben. Was hat in solchen Fällen zu geschehen? Welche Auflage soll der Betriebsinhaber erfüllen? Soll er sich lediglich an die Entscheidung des AEG. halten, weil die Auflage möglicherweise für ihn leichter zu erfüllen ist oder ihm eine größere Verfügungsgewalt über den Erlös einräumt? Oder muß er sich an den Genehmigungsbeschluß des Entschuldungsamtes halten, der auflagegemäß eine genaue Verteilung des Erlöses vorsieht? Auch für das GBA. kann diese Frage von großer Bedeutung sein. Jedenfalls muß es vor Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch die Rechtswirksamkeit der Genehmigung des Entschuldungsamtes daraufhin prüfen, ob die Auflage erfüllt ist. Gegebenenfalls kann auf Ersuchen des Entschuldungsamtes gemäß Art. 2 Abs. 3 VeräußerungsVO. in Verbindung mit Art. 1 der 1. DurchfVO. das GBA. um die Eintragung eines Widerspruchs ersucht werden (vgl. Schreiben des RMin. für Ernährung und Landwirtschaft v. 17. Okt. 1941, IV C 3 — 9505, mitgeteilt in den amtlichen Mitteilungen Heft 478).

Es kann keinem rechtlichen Bedenken unterliegen, daß der Entscheidung des AEG. aus § 37 REG. die grundsätzlichere Bedeutung zukommt. Während das Entschuldungsamt in der Regel den Veräußerungsfall zu genehmigen hat und nur aus den Gründen des Art. 3 der VeräußerungsVO. die Genehmigung versagen kann, hat das AEG. in jedem Falle zu prüfen, ob zu der Veräußerung ein wichtiger Grund vorliegt. Nur dann kann und darf es die Genehmigung erteilen. Hierbei hat es ausschließlich die Interessen des Hofes zu prüfen. Die Genehmigung des AEG. ist also die primäre Entscheidung. Deshalb muß auch der gemachten Auflage die entsprechende Bedeutung zukommen. Wenn daher der Erlös ausschließlich der Erhaltung des Hofes zugute kommt und das AEG. eine entsprechende Verwendung des Geldes im Wege der Auflage als erforderlich anordnet, kann m. E. das Entschuldungsamt diese Entscheidung nicht dadurch praktisch aufheben, daß es über die Verwendung des Erlöses eine andere Bestimmung trifft. Wenn z. B. das AEG. im Wege der Auflage bestimmt, daß der Erlös zum Ankauf neuen Grund und Bodens oder zur Anschaffung toten oder lebenden Inventars verwendet werden soll, weil es nach Prüfung der Verhältnisse diese Maßnahme im Interesse des Hofes und seiner Leistungsfähigkeit für erforderlich hält, so ist das Entschuldungsamt an diese Entscheidung gebunden und nicht in der Lage, seinerseits eine andere Verwendung des Erlöses vorzunehmen. Denn die Erhaltung eines gesunden und krisenfesten Bauernhofes ist das Entscheidende. Diesem hohen Ziele dient auch die Regelung der Schulden. Darüber hinaus ist die erfolgreiche Durchführung des Entschuldungsplans nur gewährleistet, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, d. h. wenn ein gesunder und leistungsfähiger Hof vorhanden ist.

Das Entschuldungsamt wird also in diesen Fällen keine andere Art der Verwendung beschließen können. Auch von einer entsprechenden Auflage gemäß Art. 3 Abs. 1 Ziff. 2 VO. muß in diesen Fällen abgesehen werden. Denn wenn das AEG. zu der Überzeugung kommt, daß der Erlös restlos dem Hof zu seiner Erhaltung zugeführt werden muß, kann es nicht gebilligt werden, unter Vernachlässigung dieses Zieles Geldopfer, die in dem Entschuldungsverfahren von dem Reich oder den Gläubigern gebracht sind, durch entsprechende Verteilung des Erlöses auszugleichen. Diese Opfer sind ja auch nur im Interesse der Gesundung unseres Bauernstandes gebracht worden.

Dagegen wird m. E. der Entscheidung des Entschuldungsamtes dann der Vorrang zu geben sein, wenn der Erlös restlos zur Tilgung der vorhandenen Schulden Verwendung finden soll. Hier dürfte in erster Linie die Zuständigkeit des Entschuldungsamtes begründet sein. Denn es ist — wie bereits oben näher ausgeführt — auf Grund seines Aufgabenbereiches in erster Linie dazu berufen, Bestimmung darüber zu treffen, welche der von ihm geregelten Schulden im Interesse des Hofes zuerst zu tilgen sind. Das Entschuldungsamt ist bei dieser Art der Verwendung auch nur allein imstande, auf Grund seiner Kenntnisse eine entsprechende Auflage gemäß § 3 a. a. O. zu machen.

Den auftauchenden Schwierigkeiten wird man am besten begegnen, wenn bei der Festsetzung von Auflagen ein verständnisvolles Zusammenarbeiten zwischen Entschuldungsamt und AEG. besteht, worauf besonders Vogels zu § 37 REG. Anm. 97 hinweist. Den Zwecken beider Gesetze werden beide Stellen am besten dadurch gerecht, daß sie in vollem Einvernehmen ihre Entscheidung im Interesse der Erhaltung eines gesunden Bauerntums und damit zum Nutzen unseres Volkes treffen.

AGR. Dr. Schnülle,
Leiter des Entschuldungsamtes in Detmold.

## Zuständigkeit bei Rückforderung einer zu Unrecht gezahlten Vergütung des Reichsleistungsgesetzes

Nachdem nunmehr das ReichsleistungsG. längere Zeit in Geltung ist, häufen sich die Fälle, in denen an den Leistungspflichtigen versehentlich eine Vergütung gezahlt wurde, die ihm nicht oder nicht in dieser Höhe zustand. Der Wortlaut des § 27 Abs. 2 RLG. bestimmt den Verwaltungsweg nur für diejenigen Fälle, in denen von vornherein, also vor der Zahlung an den Leistungspflichtigen, ein Streit um die Vergütung entsteht. Er umfaßt aber nicht auch den Fall, daß nach bereits erfolgter Entrichtung, also nachträglich, diese Vergütung aus ungerechtfertigter Bereicherung oder sonstigem Rechtsgrunde zurückgefordert wird und Geldfordernder jetzt nicht mehr der Empfänger der Vergütung, sondern etwa das Reich, Reichsfiskus Wehrmacht, ist.

Es ist jetzt in einem Kompetenzkonfliktsverfahren hierzu eine Stellungnahme des Kompetenzkonfliktsgerichtshofs in Berlin herbeigeführt, der gemäß der preuß. VO. vom 1. Aug. 1879 (PrGBl. 573) die gutachtliche Äußerung eines OLG., des OLG. Naumburg, vorangegangen war.

Das OLG. (7. ZivSen., 1 gen. VI. 1. 1/21) führt in dem Gutachten v. 11. März 1942 aus: Wenngleich die Verpflichtung zur Leistung und zur Zahlung der Vergütung ihre rechtliche Grundlage im öffentlichen Rechte habe, so sei doch die Grundlage des Anspruches auf Rückzahlung ein nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilender und daher gemäß § 13 GVG. durch das ordentliche Gericht zu entscheidender Tatbestand. Es liege ebenso, wie bei einer Klage auf Zahlung einer vereinbarten Vergütung, ein bürgerlicher Rechtsstreit vor, so daß in den Gedankengängen des RG. in DR. 1942, 135 die Zulässigkeit des Rechtsweges zu bejahen sei. Dem stehe auch § 27 Abs. 3 RLG. nicht entgegen, weil nach dieser Bestimmung, wie der ganze Zusammenhang ergebe, nur für den Fall, daß die Vergütung von vornherein streitig bleibe, im Verwaltungswege unter Ausschluß des Rechtsweges zu befinden sei.

Der Kompetenzkonfliktsgerichtshof hingegen hat im Urteil v. 13. Okt. 1942 (Geschäfts-Nr. Pr. L 3075) folgende Rechtsauffassung vertreten: Ein Streit der Beteiligten im Sinne des § 27 Abs. 2 RLG. liegt auch dann vor, wenn der Streit erst nach der Zahlung der Vergütung entsteht, und ohne Rücksicht darauf, ob der Leistungspflichtige oder das Reich Geldfordernder ist.

Für die Praxis der mit diesen Fragen beschäftigten Verwaltungsstellen dürfte sich nunmehr als alleinige Richtschnur die Stellungnahme des Kompetenzkonfliktsgerichtshofs ergeben, und zwar nicht nur wegen der dieser Stellungnahme im Hinblick auf den Verfasser anhaftenden überragenden Bedeutung, sondern auch deshalb, weil die Meinung des OLG. nicht überzeugt. Denn das OLG. verkennt, daß auch die Zuvielzahlung sich nach dem öffentlichen Rechte des RLG. beurteilt und daher der Umstand, daß das bürgerliche Recht einen gleichen Sachverhalt in §§ 812 ff. BGB. geordnet hat, nichts für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges bedeutet. Auch der Hinweis auf jene Entscheidung des RG. geht fehl. Denn diese bejaht zutreffend den Rechtsweg für den wesentlich anders gelagerten Streit aus einem Mietvertrage, dessen Inhalt trotz der nach dem öffentlichen Rechte des RLG. gegebenen Veranlassung bürgerlichrechtlich war. Anderseits ist die vom Kompetenzkonfliktsgerichtshof bejahte entsprechende Anwendung des § 27 Abs. 2 RLG. nach dem Sinn der Vorschrift bei der Wesensgleichheit zwischen nachträglichem und ursprünglichem Vergütungsstreit gerechtfertigt.

Für die Rechtspraxis dürfte diese Zuständigkeitsfrage somit geklärt sein.

RegR. d. B. Dr. Scheld, Berlin.

## Steuerliche Vergünstigungen für Kriegsversehrte

Zum letzten Abschnitt des Aufsatzes von ORegR. Dr. Boberski über „Die Fürsorge und Versorgung für versehrte Soldaten und ihre Hinterbliebenen" im DR. 1943, 14 ff. sei zu den steuerlichen Vergünstigungen für Kriegsversehrte ergänzend folgendes nachgetragen:

### 1. Einkommensteuer

Nach § 33 EinkStG. werden auf Antrag außergewöhnliche Belastungen, die dem Steuerpflichtigen zwangsläufig erwachsen und seine steuerpflichtige Leistungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigen, durch Ermäßigung der zu veranlagenden Einkommensteuer berücksichtigt. § 22 EStDB. 1941 stellt hierzu ergänzend Mindestgrenzen auf, die nach der Einkommenshöhe und der Steuergruppenzugehörigkeit gestaffelt sind. Soweit die in Betracht kommenden zwangsläufigen Aufwendungen diese Mindestgrenzen überschreiten, sind sie bei der Regelung des steuerbaren Einkommens abzugsfähig.

Für Kriegsbeschädigte sieht Abschn. 129 EStR. 1941 im Rahmen des § 33 EinkStG. Pauschbeträge zur Abgeltung der regelmäßig vorliegenden außergewöhnlichen Belastungen vor, und zwar als Mindestbeträge, die in jedem Falle abzugsfähig sind. Soweit es sich um erwerbstätige Arbeitnehmer handelt, werden außerdem erhöhte Pauschbeträge für Werbungskosten und Sonderausgaben gewährt, die an die Stelle der normalen Pauschbeträge von je 200 *RM* gemäß §§ 10, 11 EStDB. 1941 treten. Unberührt bleibt die Möglichkeit, im Einzelfalle noch höhere außergewöhnliche Belastungen bzw. höhere Werbungskosten und Sonderausgaben nachzuweisen, die über die als Mindestmaß vorgesehenen Pauschbeträge hinausgehen.

Je nach dem Grade, in dem die Erwerbsfähigkeit gemindert ist, sind die Pauschbeträge gemäß Abschn. 129 EStR. 1941 gestaffelt. Maßgebend sind die Feststellungen, die von der Versorgungsbehörde zugrunde gelegt werden, bei Empfängern von Versehrtengeld die Versehrtengeldstufe. Bei einer Erwerbsminderung von bspw. 50%, desgleichen bei Versehrtengeldstufe II, beträgt der Pauschbetrag für außergewöhnliche Belastung jährlich 750 *RM*, während sich die erhöhten Pauschbeträge für Werbungs-

kosten und Sonderausgaben auf je 450 RM stellen. Die Pauschbeträge werden gewährt, auch wenn die Voraussetzungen für ihre Gewährung nicht während des Kalenderjahres bestanden haben.

Den Kriegsbeschädigten stehen Personen gleich, denen wegen einer Kriegs- oder Dienstbeschädigung Beschädigtenversorgung oder Versehrtengeld zusteht, und zwar auch dann, wenn die zuerkannte Rente ruht oder das Versehrtengeld nicht gezahlt wird. Maßgebende Versorgungsvorschriften sind das Reichsversorgungsgesetz, das Wehrmachtfürsorge- und -versorgungsgesetz, die Reichsarbeitsdienstversorgungsgesetze M und WJ sowie andere Versorgungsgesetze, die in den vorbezeichneten Gesetzen für anwendbar erklärt sind. Begünstigt sind fernerhin versorgungsberechtigte ehemalige Offiziere, Deckoffiziere und Beamte der früheren Wehrmacht, wenn die Minderung der Erwerbsfähigkeit mindestens 25% beträgt, desgleichen noch einige andere Gruppen von Personen, die in Abs. 3—5 Abschn. 129 EStR. 1941 genannt sind. Zu erwähnen sind hier besonders die Empfänger von Hinterbliebenenrenten und Elternzulagen, die Freibeträge in der Höhe erhalten, wie sie Versehrten mit einer um 45 bis 55% geminderten Erwerbsfähigkeit zukommt.

2. Lohnsteuer

Entsprechende Vergünstigungen werden im Anschluß an § 41 EinkStG. durch § 26 LStDB. 1939 verbunden mit Abschn. 45 LStR. 1940 im Bereiche der Lohnsteuer gewährt. In Betracht kommen auch hier Pauschbeträge für außergewöhnliche Belastungen und für Werbungskosten und Sonderausgaben. Bei Minderung der Erwerbsfähigkeit von bspw. 45—55% bzw. bei Versehrtengeldstufe II wird ein monatlicher Pauschbetrag von 100 RM gewährt, von dem 60 RM auf außergewöhnliche Belastungen und 40 RM auf Werbungskosten und Sonderausgaben entfallen. Bei nichterwerbstätigen Beschädigten bewendet es bei einem Pauschbetrag von 60 RM für außergewöhnliche Belastungen. Unberührt bleibt auch hier die Möglichkeit, im Einzelfalle höhere Beträge nachzuweisen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß für Werbungskosten und Sonderausgaben monatlich 39 RM bereits in die Lohnsteuertabelle eingerechnet sind.

Die Berücksichtigung der Pauschbeträge bzw. der darüber hinaus besonders nachgewiesenen außergewöhnlichen Belastungen bzw. Werbungskosten und Sonderausgaben hat durch Eintragung in die Steuerkarte zu erfolgen. Es ist also unter Vorlegung der Steuerkarte beim Finanzamt ein diesbezüglicher Antrag zu stellen. Die Eintragung wirkt auf den Tag zurück, an dem alle Voraussetzungen für die Änderung oder Ergänzung der Steuerkarte erstmalig vorhanden waren, jedoch keinesfalls auf einen Tag vor Beginn des Kalenderjahres, für das die Karte ausgeschrieben ist.

Bei rückwirkender Feststellung eines höheren Grades der Kriegs- oder Dienstbeschädigung ist nach einem Erlaß v. 15. Mai 1942 (RStBl. 561) zu verfahren.

Der begünstigte Personenkreis ist im Bereiche der Lohnsteuer grundsätzlich derselbe wie bei der veranlagten Einkommensteuer (oben 1, letzter Absatz). Näheres ergibt sich aus § 26 Abs. 3—5 LStDB. 1939 und Abschn. 45 LStR. 1940.

---

Die Fürsorge- und Versorgungsbezüge, Versehrtengelder und Hinterbliebenenbezüge selbst sind von der Einkommensteuer bzw. Lohnsteuer durch § 3 Ziff. 1 u. 2 EinkStG. und § 6 Ziff. 1 u. 2 LStDB. 1939 freigestellt.

RA. Steuerberater Dr. Rolf Kühn, Dresden.

# Mitteilungen des NS.-Rechtswahrerbundes

## Kriegsauszeichnungen

Es haben erhalten:

Das Deutsche Kreuz in Gold

Dr. Franz Beller, AGR., Münsingen / Dr. Ferdinand Hertmanni, GerRef., Moers / Dr. Hellmut Koehler, AGR., Groß-Gerau / Dr. Karl Merz, RA., Offenbach / Gottfried Müller, JustInsp., Offenburg / Dr. Josef Rüger, AGR., Kempten / Dr. Heinz Spieß, RegR., Stuttgart.

Das Eiserne Kreuz I. Klasse

Hermann Strohmeyer, GerRef., Hannover-Linden.

Das Eiserne Kreuz I. und II. Klasse

Heinrich Austermann, GerAss., Münster (Westf.) / Dr. Hellmut Koehler, AGR., Groß-Gerau / Johannes Malessa, Anw-Ass., Königsberg (Pr.) / Heinrich Rickertsen, Ass., Berlin / Karl Schrode, Ass., Ulm (Donau).

Die Spange zum Eisernen Kreuz II. Klasse

Otto Schäuble, JustInsp., Singen / Ernst Voigt, RA. u. Notar, Hamburg-Wandsbek / Dr. Johannes Zichäus, RA. u. Notar, Chemnitz.

Das Eiserne Kreuz II. Klasse

Johannes Arlt, GerRef., Guben / Dr. Otto Bachof, RegR., Koblenz / Franz Bayer, JustInsp., Siegburg / Hugo Betzler, JustInsp., Haltern (Westf.) / Dr. Richard Breitbach, Landesverwalt.-Rat, Kassel / Heinz Brien, GerRef., Memel / Dr. Heinrich Buchholz, GerRef., Dortmund / Friedemann Büttner, Ref., Soltau (Hann.) / Heinz Dobrowolski, GerAss., Königsberg (Pr.) / Thomas Frhr. v. Fritsch, RegR., Dresden / Oskar Harms, GerAss., Kassel-Oberzwehren / Dr. Eugen Haußner, AGR., Donauwörth / Wolfgang Klapproth, Ass., Berlin-Charlottenburg / Eitel Klatt, Bücherrev., Karlsfelde (Ostpr.) / Gerhard Krüger, GerRef., Osnabrück / Dr. Werner May, RegAss., Leipzig / Eberhard Frhr. v. Medem, Ref., Krakau / Dr. Karlheinz Müller, GerRef., Frankfurt (Main) / Wolfgang Müller, GerAss., Berlin / Dr. Richard Naumann, Prof., Kiel / Dr. Karl-Heinz Olbrisch, StA., Itzehoe (Holst.) / Dr. Willy Plümmer, RegR., Aachen / Dr. Gerald Pressinger, Not.-Anw., Klagenfurt / Helmut Quardon, JustSupern., Berlin-Zehlendorf / Wolfgang Röhmholdt, Ass., München / Dr. Hans Rohringer, Jurist, Wien / Dr. Gerhard Schröder, RA., Berlin / Johann Trutt, JustInsp., Stuttgart / Johannes Wernecke, JustInsp., Hamm / Dr. Hans Winde, Stadtassessor, Stargard (Pomm.) / Dr. Gerhard Wörner, Referent, Leipzig.

Das Kriegsverdienstkreuz I. Klasse mit Schwertern

Dr. Eduard Kammerl, Notar, Höchstädt a. D.

Das Kriegsverdienstkreuz I. und II. Klasse mit Schwertern

Dr. Gerhard Eichler, Ass., Hannover-Kleefeld.

Das Kriegsverdienstkreuz I. Klasse ohne Schwerter

Dr. Friedrich Münzel, Reg.-Vizepräsident, Koblenz-Oberwerth.

Das Kriegsverdienstkreuz II. Klasse mit Schwertern

Hans-Oskar Behrens, Intend.-Rat, Uelzen (Hann.) / Dr. Ernst Jürgen Blunck, RA., Greifswald / Dr. Joseph Bohnenkamp, RA. u. Notar, Borken (W.) / Dr. Johannes Brüning, Wirtsch.-Treuh., Berlin / Arnold Burmester, Bücherrev., Uelzen (Hann.) / Dr. Joseph Dillmann, RA. u. Notar, Frankfurt (Main) / Dr. Alexander Diwald, Bankbeamter, Graz / Ludwig Dümmler, LGDir., Schweinfurt / Ewald Durnio, Dolmetscher-Insp., Arys (Ostpr.) / Dr. Richard Elsishans, Generalrevisor, Berlin-Charlottenburg / Dr. Fritz Erasmus, RA., Linz (Rh.) / Dr. Wilhelm Fließbach, RegR., Berlin-Wilmersdorf / Dr. Walter Fritsch, RA. u. Notar, Breslau / Dr. Otto Gerne, RegR., Stuttgart / Willi Guddat, LGR., Berlin-Friedenau / Adolf Hahn, Wirtsch.-Treuh. NSRB., Cham (Opf.) / Dr. Karl Heck, LGDir., Stuttgart / Franz Jung, JustInsp., Karlsruhe / Dr. Wilhelm Kalousek, Ref., Wien / Dr. Kurt Kaven, Erster StA., Hamburg / Dr. Johannes Klein, LGR., Königsberg (Pr.) / Dr. Günther Knueringer, RegAss., Innsbruck / Dr. Wilhelm Kraft, RA., Hollabrunn / Johann Kuß, Bücherrev., Ried (Innsbr.) / Hans Lacher, RA., Witzenhausen / Walter Lichtenheldt, StA., Minden (Westf.) / Wolfgang Lück, Ass., Königsberg (Pr.) / Wilhelm Martens, AGR., Schöningen / Gerhart Maier, GerAss., Reutlingen (Württ.) / Walter Mehr, GerRef., Schwerin (Meckl.) / Johannes Mörner, VolksgerR., Berlin-Wilmersdorf / Walter Pankow, LGR., Berlin-Schöneberg / Dr. Joachim Prüfer, RegR., Breslau / Richard Prusko, Behördenangestellter, Dresden / Dr. Heinz Reinking, Erster StA., Hagen (Westf.) / Benjamin Rilling, LGR., Herrenberg / Kurt Rüger, Rechtsbeistand, Waldenburg (Sa.) / Dr. Kurt Runge, RA. u. Notar, Berlin-Dahlem / Dr. Rudolf Schaefer, RA., Köln / Dr. Carl Schmieder, Städt. Rechtsrat, Leipzig / Rudolf Schmitt, LGR., Potsdam / Dr. Erhard Scholz, AGDir., Neiße / Dietrich Schürmann, GerRef., Dinslaken (Ndrhn.) / Erich Schwarz, Wirtsch.-Berater, Jena / Dr. Erich Stoll,

Jurist, Zwittau-Schönhengstgau / Dr. Walter Storkebaum, AGDir., Bochum / Georg Streib, JustInsp., Aachen / Joachim Thiele, JustInsp., Berlin-Lichtenberg / Helmut Tiemann, Verbandsrevisor, Herford (W.) / Franz Frhr. v. Vequel-Westernach, GerRef., Schloß Kronburg (Krs. Memmingen) / Ernst Voigt, RA. u. Notar, Hamburg-Wandsbek / Paul Waller, RA., Wuppertal-Barmen / Dr. Hermann Wenig, StA., Nürnberg / Helmut v. Werner, Ass., Köln-Zollstock / Max Westmattelmann, AGR., Menden (Krs. Iserlohn) / Dr. Heinz Wöstmann, LGR., Hildesheim.

Das Kriegsverdienstkreuz II. Klasse ohne Schwerter

Dr. Kurt Bartels, Direktor, Hagen / Max Braun, RegAss., Krakau / Richard Frindt, WirtschPr., Teltow-Seehof / Dr. Fritz Höchtl, RA., Straubing / Erwin Horn, AGR., Berlin-Charlottenburg / Eberhard Frhr. v. Medem, Ref., Krakau / Dr. Wilhelm Moser, RegR., Bregenz / Rudolf Reimers, RegR., Graudenz / Hermann Schelb, RA. u. Notar, Bremen / Kurt Sievers, Landrat, Bad Gandersheim / Dr. Hans Tzschucke, Dipl.-Kfm., Hamburg / Dr. Max Wein II, Direktor, München-Gauting / Dr. Günther Werk, ORegR., Berlin-Lankwitz / Heinrich Ziegler, RA. u. Notar, Kassel.

## Anwaltsverzeichnis

Um einem dringenden Bedürfnis abzuhelfen, hat die Reichsgruppe Rechtsanwälte des NSRB. allen Gaugruppenwaltern Rechtsanwälte des NSRB. eine umfangreiche listenmäßige Zusammenstellung aller in den rückgegliederten und neu gewonnenen Gebieten ansässigen und tätigen Rechtsanwälte zur Verfügung gestellt.

Die Berufskameraden haben nunmehr die Möglichkeit, sich im Bedarfsfalle bei den Gaugruppenwaltern einen zur Vertretung geeigneten Anwalt benennen zu lassen. Eine Neuausgabe des Anwaltsverzeichnisses wird in nächster Zeit kaum fertiggestellt werden können.

# Für den Rechtswahrer im Kriegseinsatz

## Arbeitsrecht

Von Professor Dr. Wilhelm Herschel, Halle a. d. S.

### Arbeitsschutz

Die grundsätzliche Auffassung, die das nationalsozialistische Deutschland vom Arbeitsschutz im Kriege hat, ist in den Einleitungsworten zur VO. über den Arbeitsschutz v. 12. Dez. 1939 (RGBl. I, 2403) klar herausgestellt worden. Dort heißt es: „Die Sorge für die Gesundheit aller Schaffenden bleibt auch in Kriegszeiten eine vordringliche Aufgabe des Arbeitsschutzes. Trotz der Notwendigkeit erhöhter Leistungen muß jede übergroße Beanspruchung der Arbeitskraft vermieden werden. Die bei Kriegsbeginn angeordnete Lockerung des Arbeitsschutzes galt daher nur für die erste Zeit der Umstellung auf die neuen Aufgaben. Nachdem sie vollzogen ist, gilt dem Schutze der Arbeitskraft wieder die volle Sorge der Staatsführung. Übermäßige Arbeitszeiten müssen verhindert, der Schutz der Frauen und Jugendlichen muß wieder verstärkt werden. Dann kann und muß aber von allen Schaffenden erwartet werden, daß sie ihre volle Arbeitskraft für den unserem Vaterlande aufgezwungenen Kampf zur Verfügung stellen." Neuerdings hat der Generalbevollmächtigte für den Arbeitseinsatz in seiner Anordnung Nr. 3 v. 29. April 1942 (RArbBl. I, 272) insbes. verlangt, „daß in den Betrieben alle notwendigen Aufwendungen für die Sicherung der Gesundheit gemacht werden und daß bei Verabreichung von Mahlzeiten die Zubereitung sorgfältigst überwacht und für Schmackhaftigkeit sowie für Sauberkeit gesorgt wird", ferner „daß die Unterkünfte in Baracken oder Sammellagern Musterbeispiele deutscher Ordnung und Hygiene sein müssen", endlich „daß die größte Fürsorge den schaffenden Frauen und Mädchen zuteil wird, weil das auch eine der entschiedensten Forderungen des Führers ist".

### Arbeitszeit

Allerdings sind die früheren gesetzlichen und tariflichen Grenzen der Arbeitszeit für männliche Beschäftigte bei Kriegsausbruch sofort entfallen (§ 4 ArbeitsrechtänderungsVO. v. 1. Sept. 1939 [RGBl. I, 1683]). Aber schon bald danach führte die bereits erwähnte VO. über den Arbeitsschutz eine neue Höchstgrenze ein: männliche erwachsene Gefolgsmänner dürfen nicht länger als 10 Stunden täglich mit Mehrarbeit beschäftigt werden (§ 1). Fällt in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft, so darf für die genannten Personen die Arbeitszeit bis zu zwölf Stunden ausgedehnt werden. In Zweifelsfällen entscheidet das Gewerbeaufsichtsamt, ob die Voraussetzung für die Arbeitsbereitschaft vorliegt (§ 2). Der RArbM. hat hierzu in seinem Erlaß v. 12. Dez. 1939 (RArbBl. III, 380) bemerkt: „An dem Grundsatz, daß die *regelmäßige* tägliche Arbeitszeit acht Stunden im Durchschnitt nicht ohne besonderen Anlaß überschreiten soll, wird damit nichts geändert. Die neuen Vorschriften haben lediglich die Bedeutung, daß notwendige Mehrarbeit ohne behördliche Genehmigung in den genannten Grenzen, z. B. zur beschleunigten Erledigung kriegswirtschaftlicher Aufgaben, geleistet werden darf. Wie aber aus dem Vorspruch der VO. über den Arbeitsschutz hervorgeht, entspricht es nicht dem Sinn und Zweck der VO., daß Mehrarbeit auch in solchen Fällen angeordnet wird, in denen sie durch Einstellung neuer Arbeitskräfte . . . vermieden werden kann." Weitergehende Arbeitszeitverlängerungen sind nur in außergewöhnlichen Fällen auf Grund besonderer Genehmigung zulässig (§ 4).

Für die über zehn Stunden am Tage hinausgehende Arbeitszeit haben die Gefolgsmänner Anspruch auf einen angemessenen Mehrarbeitszuschlag zu dem Lohn für die Arbeitszeit selbst. Als angemessen gilt, soweit der RArbM. keine abweichende Regelung trifft, ein Zuschlag von 25%. Der Anspruch auf den Zuschlag entfällt, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt (§ 5).

Man sieht: durch diese Regelung ist das Friedensarbeitszeitrecht aufgelockert worden; es ist aber ein sehr erheblicher und wirksamer Arbeitsschutz geblieben.

### Mutterschutz

Geradezu erstaunlich ist es jedoch, daß es mitten im Kriege möglich war, völlig neues Arbeitsschutzrecht zu schaffen und dadurch die Grenzen des bisherigen Schutzes in beträchtlichem Umfange auszudehnen. In erster Linie ist hier das G. zum Schutze der erwerbstätigen Mutter, kurz MutterschutzG. genannt, v. 17. Mai 1942 (RGBl. I, 321) zu erwähnen; vgl. dazu die AusfVO. vom 17. Mai 1942 (RGBl. I, 324) und den Erlaß des RArbM. v. 17. Mai 1942 (RArbBl. III, 163). Dieses bahnbrechende Gesetzgebungswerk enthält sowohl einen gesundheitlichen wie einen sozialen Schutz. Ihm liegt folgender Gedanke zugrunde: „Die deutsche Frau kann ihre größte Leistung für die Volksgemeinschaft, die Geburt gesunder Kinder, nur vollbringen, wenn sie vor allen Schäden und Nachteilen vor und nach der Niederkunft behütet wird. Die Sorge für einen ausreichenden Schutz gilt allen deutschen Frauen. Vordringlich ist jedoch ein besonderer Schutz für die im Erwerbsleben stehende Mutter, die trotz erschwerter Lebensbedingungen dem Vaterlande Kinder schenkt. Damit sie die Pflichten ihrer Mutterschaft ungefährdet erfüllen kann, hat die Reichsregierung das folgende Gesetz beschlossen . . ." (Vorspruch)[1]. Es gilt für alle weiblichen Beschäftigten, die in Betrieben und Verwaltungen jeder Art tätig sind

[1]) Mit Rücksicht auf den eingehenden Aufsatz von Koch: DR. 1942, 1527 ff. kann sich die Darstellung auf einige Grundzüge der Regelung beschränken.

(§ 1); Juden und Volksfremde sind nach näherer Maßgabe der AusfVO. zu § 1 ausgenommen. Eine Ausdehnung auf Hauswirtschaft, Heimarbeit und Landarbeit ist vorgesehen.

Das Gestz verbietet zunächst eine Reihe von Beschäftigungen:

1. Werdende Mütter (§ 2).

a) Eine werdende Mutter darf nicht beschäftigt werden, wenn nach ärztlichem Zeugnis Leben und Gesundheit von Mutter oder Kind gefährdet sind.

b) Unabhängig von einer solchen konkreten Gefährdung dürfen werdende Mütter nicht mit schweren und abträglichen Arbeiten beschäftigt werden, wie z. B. mit Schälen von Holz, an Maschinen mit hoher Fußbeanspruchung, mit Arbeiten, bei denen sie ständig stehen müssen, ohne während der Arbeit kurz ausruhen zu können.

c) Die Beschäftigung im Stücklohn, mit Prämienarbeit oder am laufenden Band ist unzulässig, wenn die durchschnittliche Arbeitsleistung die Kräfte werdender Mütter übersteigt.

d) In den letzten sechs Wochen vor der Niederkunft sind werdende Mütter auf ihr Verlangen von jeder Arbeit zu befreien.

2. Nach der Niederkunft (§ 3).

Wöchnerinnen dürfen bis zum Ablauf von sechs Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden.

3. Stillende Mütter insbesondere.

a) Dieses Beschäftigungsverbot verlängert sich für stillende Mütter auf acht Wochen, für stillende Mütter nach Frühgeburten sogar auf zwölf Wochen (§ 3 Absatz 1).

b) Stillenden Müttern ist auf ihr Verlangen die zum Stillen erforderliche Zeit freizugeben. Die Stillzeit soll bei einer zusammenhängenden Arbeitszeit von mehr als viereinhalb Stunden 45 Minuten betragen, bei längerer Arbeitszeit zweimal 45 oder notfalls einmal 90 Minuten (§ 5).

4. Mehrarbeit, Nacht- und Feiertagsarbeit (§ 4).

Werdende und stillende Mütter dürfen nicht mit Mehrarbeit, nicht mit Nachtarbeit (von 20 Uhr bis 6 Uhr) und nicht an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden. In der Landwirtschaft ist außerdem jede Beschäftigung über neun Stunden am Tage hinaus verboten.

Zu diesem gesundheitlichen tritt ein mannigfacher sozialer Schutz. So darf durch die Gewährung der Stillzeit ein Lohnausfall nicht eintreten (§ 5 S. 5). Frauen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, erhalten Wochengeld (mindestens 2 *RM* täglich) und gegebenenfalls Stillgeld (0,50 *RM* täglich). Sonstige Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung werden weitergewährt (§ 7).

Um eine ausreichende Betreuung von Kindern erwerbstätiger Mütter sicherzustellen, kann der RArbM. bestimmen, daß Betriebe und Verwaltungen zu den Kosten von Kindertagesstätten der NSV. oder der Gemeinden beitragen. Soweit solche Kindertagesstätten nicht vorhanden sind oder nicht errichtet werden, kann der RArbM. auch bestimmen, daß Kindertagesstätten (Krippen, Kindergärten oder Kinderhorte) von den Betrieben oder Verwaltungen errichtet und unterhalten werden (§ 9).

Frauen dürfen aus Anlaß ihrer Schwangerschaft nicht gegen ihren Willen entlassen werden. Während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft sind Kündigungen auch aus sonstigem Anlaß unwirksam, wenn dem Betriebsführer zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Niederkunft bekannt war oder unverzüglich mitgeteilt wird. Dies gilt nicht, wenn die Frau sich mit der Lösung des Beschäftigungsverhältnisses einverstanden erklärt (§ 6).

In Betrieben und Verwaltungen, in denen regelmäßig Frauen beschäftigt werden, ist ein Abdruck des MutterschutzG. an geeigneter Stelle zur Einsicht auszulegen (§ 10).

Verstöße gegen das Gesetz werden mit Geldstrafe bis zu 150 *RM* oder mit Haft, in besonders schweren Fällen mit Gefängnis und Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen geahndet (§ 11). Damit die Verantwortlichen über den Zustand der Mutter unterrichtet werden, sollen werdende Mütter dem Betriebsführer ihre Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Niederkunft mitteilen, sobald ihnen dies bekannt ist. Auf Verlangen sollen sie — auf Kosten des Unternehmers — das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme vorlegen (§ 8). Die Überwachung der Durchführung des Gesetzes obliegt dem Gewerbeaufsichtsbeamten (§ 12).

### Sonstiges neues Recht

Neben dem MutterschutzG. sind während des Krieges zahlreiche andere Normen des Arbeitsschutzes neu geschaffen und in Kraft gesetzt worden. Es würde zu weit führen, sie hier im einzelnen zu behandeln. Um von der Vielseitigkeit dieser wichtigen gesetzgeberischen Arbeit eine gewisse Anschauung zu vermitteln, seien einige dieser Vorschriften aufgeführt: Richtlinien des Reichsverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften für die Bekämpfung der Staubgefahr in asbestverarbeitenden Betrieben (vgl. RArbBl. 1940, III, 263); Bleimerkblatt des Reichsgesundheitsamts (vgl. RArbBl. 1941, III, 186); Vereinfachung der Unfallanzeigen (Erl. des RArbM. v. 19. Dez. 1941 [RArbBl. 1942, II, 17]); Salpeterbadrichtlinien des Verbandes der Eisen- und Metallberufsgenossenschaften (vgl. RArbBl. 1942, III, 10); die Erlasse des RWiM. v. 26. Jan. 1940 und des RArbM. v. 2. Febr. 1940 über die Arbeitszeit von Frauen und Jugendlichen im Bergbau (RArbBl. I, 79); VO. über das Kleben von Gummi, Leder und ähnlichen Werkstoffen in der Heimarbeit v. 2. Juli 1942 (RGBl. I, 441); VO. über den Sicherheitsfilm v. 30. Okt. 1939 (RGBl. I, 2136) mit DurchfVO. v. 31. Okt. 1939 (RGBl. I, 2141), vom 28. März 1940 (RGBl. I, 569) sowie v. 25. Juli 1942 (RGBl. I, 478); Anordnung des RArbM. über die Beschäftigung von Frauen auf Fahrzeugen v. 30. Okt. 1940 (RArbBl. III, 283) mit AusfErl. v. 7. Nov. 1940 (RArbBl. III, 283); PolVO. über das Rauchverbot in feuergefährdeten gewerblichen Betrieben v. 23. Mai 1940 (RGBl. I, 814); Katalog des RArbM. über Innenraum-Zweckleuchten v. 28. Febr. 1941 (RArbBl. III, 82); VO. über die Verwendung von Methanol in Lacken und Anstrichmitteln v. 6. Aug. 1942 (RGBl. I, 98); RöntgenVO. vom 7. Febr. 1941 (RGBl. I, 88, 162) und v. 17. Jan. 1942 (RGBl. I, 31) mit AusfErl. v. 7. Febr. 1941 (RArbBl. III, 46) und Unfallverhütungsvorschriften v. 1. April 1941 (RArbBl. III, 121); SchmälzmittelVO. v. 6. Sept. 1940 (RGBl. I, 1217) mit Erl. v. 9. Sept. 1941 (RArbBl. III, 356) und Bek. v. 30. Sept. 1941 (RArbBl. III, 394); gemeinsamer RdErl. des RArbM. und des RWiM. über den Gesundheitsschutz der Arbeiter in der Sprengstoffindustrie vom 20. Jan. 1941 (RArbBl. I, 75).

### Entwurf eines Betriebsschutzgesetzes

Wie MinR. Dr.-Ing. Kremer (RArbBl. 1941, V, 197 ff.) berichtet, liegt der Entwurf eines BetriebsschutzG. vor; er ist im RArbM. ausgearbeitet und vom Ausschuß für Arbeitsschutzrecht der Akademie für Deutsches Recht gebilligt worden. Das Gesetz soll den Schaffenden gegen die Gefahren schützen, die sich aus der Art der Arbeit sowie aus Art und Zustand der Betriebseinrichtung und der Arbeitsräume ergeben. Besondere Beachtung verdient folgender Grundsatz: Der Beschäftigte muß alle zu seinem Schutz gegebenen Anweisungen befolgen und von allen Einrichtungen des Betriebsschutzes ordnungsmäßigen Gebrauch machen. Er muß von sich aus alles tun, um Unfälle und Gesundheitsschädigungen zu vermeiden.

(Abgeschlossen am 31. Dez. 1942.)

# Schrifttum

Dr. Herbert Schlieper, LGDir.: Das Landgericht als Beschwerdeinstanz. Berlin-Leipzig-Wien 1942. Deutscher Rechtsverlag GmbH. 304 S. Preis kart. 7,80 RM.

Das Buch ist aus der Praxis geboren und für die Praxis geschrieben. Es beschränkt sich auf die landgerichtliche Tätigkeit der Beschwerdeinstanz in Zivilsachen, diese im weiteren Sinne verstanden, also streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit umfassend. In dieser Scheidung gliedern sich die beiden Hauptabschnitte des Beschwerdeverfahrens vor der Zivilkammer und getrennt davon vor der Kammer für Handelssachen; bei ersterem werden anschließend auch die Beschwerden in Mietsachen behandelt. Durchweg sind in Einzelabschnitten die Verfahren in besonderen Angelegenheiten herangezogen, so bei der streitigen Gerichtsbarkeit etwa die Zwangsversteigerungs-, Konkurs- und Vergleichssachen, bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit außer den Vormundschafts- und Nachlaßsachen vor allem die Personenstands-, Grundbuch-, Schuldenbereinigungs-, Entschuldungssachen. Auch das Kostenwesen ist jeweilig nicht übergangen. Das Buch bietet so ein ungemein reichhaltiges Material. Es ist sehr übersichtlich und flüssig geschrieben, verwendet überall die Rechtsprechung, auch Literatur, sieht aber von einem Eingehen auf Streitfragen ab (vgl. etwa S. 80 bzgl. Wiederaufnahme eines nach Erschöpfung des Instanzenzuges abgeschlossenen Beschwerdeverfahrens). Daß der Begriff Beschwerde nicht eng gezogen und stets der gegebene Rechtsbehelf im Zusammenhang mit der landgerichtlichen Entscheidungsbefugnis gewiesen ist, ist selbstverständlich. Als Vorzug hervorzuheben sind noch die an vielen Stellen gebrachten praktischen Beschlußmuster, des weiteren gelegentliche Muster für Anträge, Ladungen u. dgl., die namentlich auch dem Anwalt manche Fingerzeige geben werden.

Es ist dem Verf. aus Gründen der Zweckmäßigkeit, die ein zu schnelles Veralten des gebotenen Stoffes vermieden sehen möchte, beizupflichten, wenn er bei seiner Darstellung von dem Friedensrecht ausgeht. Die Kriegsbestimmungen der beiden VereinfVO. v. 1. Sept. 1939 und 18. Sept. 1940 sind in der dem Hauptteil vorangeschickten Einleitung zusammenfassend wiedergegeben, während die erst am 16. Mai 1942, also wohl nach der eigentlichen Fertigstellung der Arbeit, herausgekommene 3. VereinfVO. in einem Anhang (S. 275 ff.) behandelt ist. Ob das mit dieser Abscheidung erstrebte Ziel bei so grundlegenden Wandlungen, wie sie der heutige allumfassende Weltumbruch auch im inneren Rechtsleben mit sich bringen muß, allerdings zu erreichen ist, mag dahinstehen. Im Augenblick wird jedenfalls jeder, der sich über das Rechtsgebiet selbst oder zu Einzelheiten der Materie schnell unterrichten will, in der erschöpfenden Bearbeitung den gewünschten Aufschluß finden.

SenPräs. Dr. Bunge, Berlin.

---

Dr. Walter Schätzel, o. Prof. an der Universität Marburg: Themen und Fälle aus dem öffentlichen Recht. Marburg a. L. 1942. N. G. Elwert'sche Univ.- und Verlagsbuchhandlung. 56 S. Preis brosch. 2,40 RM.

Vor einiger Zeit wurde hier eine Sammlung öffentlich-rechtlicher Fälle mit Lösungen angezeigt, wie deren seit dem Umbruch schon mehrere erschienen sind. Nunmehr ist eine weitere Sammlung öffentlich-rechtlicher Themen und Fälle, und zwar ohne Lösungen, veröffentlicht worden, wie wir sie im akademischen Unterricht schon immer mit großem Nutzen verwendet haben. Die früher viel benutzten Sammlungen dieser Art, etwa die von Anschütz und Fleiner, sind durch die Entwicklung naturgemäß fast völlig überholt. So hat die neue Sammlung, die die einzige dieser Art seit 1933 ist, zunächst den Vorteil des Einmaligen für sich.

Sie stellt aber auch inhaltlich eine besonders glückliche Leistung dar. Der Verf. vereinigt 52 theoretische Themen aus 11, und 100 praktische Fälle aus 12 Gebieten des öffentlichen Rechts zu einer außerordentlich reichhaltigen Sammlung. Viele dieser Aufgaben sind im Ernst des Examenslebens erprobt. Nur selten wird man für einen der hier bekanntgegebenen Fälle in einer der früheren Sammlungen einen Vorgänger erkennen. Es ist dem Verf. ausgezeichnet gelungen, die neu aufgetretenen Probleme des heutigen öffentlichen Rechts in seinen Themen und Fällen sichtbar zu machen. So ist die Gegenwartsnähe dieser Sammlung geradezu erstaunlich.

Kein Zweifel daher, daß die Sammlung den Lehrbetrieb unserer Hochschulen stark befruchten wird. Der Verf. hat mit seiner Schrift aber nicht nur dem Unterricht, sondern auch ganz allgemein der Wissenschaft des öffentlichen Rechts einen Dienst erwiesen. Denn es wird an Hand dieser Sammlung mit aller Deutlichkeit klar, eine wie gewaltige Rolle das Recht und wie große Bedeutung nach rechtlichen Methoden zu lösende Probleme entgegen manchen abweichenden Auffassungen auch heute noch im öffentlichen Leben haben. Auch von dieser Seite her verdient die Schrift, die mit einer beherzigenswerten Einleitung versehen ist und deren Benutzung warm empfohlen wird, starke Beachtung.

Prof. Dr. Gerhard Wacke, Universität Jena.

---

Dr. László v. Radocsay, Kgl. Ungarischer Justizminister: Die Rechtserneuerung in Ungarn. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Recht des Auslands, Nr. 1.) München und Berlin 1942. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 39 S. Preis kart. 1,50 RM.

In der vorliegenden Schrift werden die Gesetze und Verordnungen Ungarns aus neuerer Zeit sowie wichtige laufende Gesetzesvorschläge dargestellt, wobei der Verf. den für die deutsche Rechtserneuerung entwickelten fünf „Substanzwerten" (Rasse, Boden, Arbeit, Reich und Ehre) fünf Grundrichtungen der ungarischen Rechtsentwicklung gegenüberstellt, die ebenfalls alle der Rechtserneuerung zustreben: die Gemeinschaftlichkeit, die Zurückstellung des unberechtigten Eigennutzes, der völkische Gedanke, der Familienschutz und die Lebensnähe des Rechts. Die geistesgeschichtliche Gesamtlage des ungarischen Rechtslebens wird gekennzeichnet als Übergang von dem liberalen zu einem neuen sozialen Rechtstypus. Auf dieser Grundlage werden die wichtigsten Ergebnisse der Rechtserneuerung auf den Gebieten des Staatsrechts, des Strafrechts, des Strafverfahrensrechts, des Rassenrechts, des Privatrechts einschließlich des Familienrechts, des Wirtschaftsrechts und des Zivilprozeßrechts dargestellt. Nicht behandelt wird der Entwurf des ungarischen Privatrechts-Gesetzbuchs von 1928 (in deutscher Übersetzung 1940 vom Kgl. Ungarischen Justizministerium veröffentlicht), weil dieser Entwurf bereits von der deutschen Wissenschaft eingehend gewürdigt ist (Domke: DR. 1940, 625; Fehr: Ztschr. des Bernischen Juristenvereins 1940, 221 ff.; Flad: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1940, 145 ff. u. 272 ff.; Hedemann: DJ. 1940, 1137 ff.; Krusch: Ztschr. für Osteuropäisches Recht 1941, 1—53; Süß: AkadZ. 1941, 27 ff., 78 ff. und 264 ff.; Wengler: Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft 54, 346/47).

Der Inhalt der sehr anregend und flüssig geschriebenen Schrift kann hier nur in Stichworten und in einigen Beispielen angedeutet werden. So werden aus dem Bereich des Staatsrechts etwa behandelt die Gesetzgebung über die Stellung des Reichsbürgers, über die Wiederherstellung des Oberhauses, die Erlangung und den Verlust der Staatsbürgerschaft. Wichtige strafrechtliche Neuerungen betreffen die Rehabilitation, den strafrechtlichen Schutz des Nationalitätsgefühls, die Gefährdung der öffentlichen Versorgung, der Sicherheit und der zwischenstaatlichen Belange des Staates, den Landesverrat, die erhöhte Strafbarkeit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher usw. Im Strafverfahrensrecht wird eine Vereinfachung und Beschleunigung erstrebt. Aus dem Rassen- und Eherecht werden hervorgehoben die Vorschriften über die Notwendigkeit einer ärztlichen Untersuchung vor der Ehe, das Verbot einer Eheschließung im Fall bestimmter ansteckender Krankheiten und das Verbot der Eheschließung zwischen Nichtjuden und Juden, ferner z. B. die Beschränkung der Aufnahme jüdischer Hörer auf Universitäten. Aus dem Bereich des Privatrechts und Wirtschaftsrechts seien besonders genannt die neueren Gesetze zum Urheberrecht, zur Auflockerung des Schuldrechts, zum Hypothekenrecht und zur Einschränkung der Gewerbefreiheit. Aus dem Arbeitsrecht wird erwähnt, daß der kollektive Arbeitsvertrag stufenweise anerkannt wird und daß man sich allmählich der Schaffung eines besonderen Arbeitsgesetzbuchs nähert.

Der Verf. erhofft von den deutschen Lesern seines Berichtes das Gefühl, „daß die ungarische Rechtsentwicklung auf dem Wege der Erneuerung mutig und entschlossen fortschreitet, der ihr durch Geschichte und Volkscharakter vorgezeichnet ist". Er kann sicher sein, daß er dieses Ergebnis erreicht und darüber hinaus einen eindrucksvollen Beweis erbracht hat für die zahlreichen Gemeinsamkeiten, die die Rechtsentwicklung der Länder im neuen Europa in ihren Ergebnissen und Zielen aufweist.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Berlin.

---

DividendenabgabeVO. 2. DurchfVO. erläutert von Dr. Conrad Böttcher, RA. u. Notar, Dr. Heinz Meilicke, RA., Friedrich Silcher, RA. Ergänzungsband zum Hauptkommentar. Berlin 1942. Verlag Franz Vahlen. XI, 118 S. Preis kart. 3,70 RM.

Die von mir in DR. 1942, 1050 ff. besprochene 2. DurchfVO. zur DividendenabgabeVO. hat außer Ergänzungen auch erhebliche Änderungen der DAV. und der 1. DADV. gebracht. Damit war für die Verfasser die Notwendigkeit gegeben, auch die 2. DADV. im Anschluß an ihr Hauptwerk zu kommentieren. Wenn auch die Kapitalberichtigung durch die Gesellschaften im wesentlichen abgeschlossen sein dürfte, bleiben doch in Zukunft noch eine Fülle von Fragen, die unter Berücksichtigung der DAV. und ihrer beiden DADV.en zu entscheiden sind und eine kommentatorische Beratung erforderlich machen. Es ist daher sehr zu begrüßen, daß die Verfasser mit dem die 2. DADV. behandelnden Ergänzungsband ihr Erläuterungswerk zum Abschluß bringen und es durch entsprechende Verweisungen auf den Hauptkommentar wie ein den Inhalt beider Bände umfassendes, besonders ausführliches Stichwortverzeichnis zu einem einheitlichen gestalten.

RA. u. Notar Dr. jur. et rer. pol. Hugo Dietrich, Berlin.

# Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet
** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung —

RG. **Nr. 1** begründet die Notwendigkeit einer erheblichen Freiheitsstrafe zum Schutz der Ehre eines gefallenen oder im Kriegsdienst verstorbenen Soldaten.

RG. **Nr. 2** bringt eine wertvolle psychologische Vertiefung des Mordbegriffs (vgl. Anmerkung Mezger).

Die Pflicht zu ehrlicher Offenbarung in Familienunterhaltssachen wird in RG. **Nr. 3** sorgfältig gegen die Pflicht zu großzügiger Betreuung der Soldaten abgewogen.

RG. **Nr. 5** behandelt grundsätzliche Ausführungen zu dem Gesetz betr. Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

RG. **Nr. 17** umgrenzt den Schutz des bekannten „Bayer-Kreuzes" gegen unlauteren Wettbewerb.

Über die Berechnung der Enteignungsentschädigung nach § 8 Preuß. Enteignungsgesetz enthält RG. **Nr. 21** wichtige Ausführungen.

RAG. **Nr. 28** erörtert die Fürsorgepflicht des Unternehmers hinsichtlich der Versicherung für die Kleidung der Gefolgschaftsmitglieder.

## Strafrecht

**1. RG. — § 185 StGB. Ehrenschutz gefallener oder im Kriegsdienst verstorbener Soldaten.**

Im Frühjahr 1942 wurde die Verteilung von Trinkbranntwein in der Gemeinde G. nicht dem Bäckerei- und Kolonialwarengeschäft des Angekl., sondern dem Kolonialwarengeschäft der Witwe Sch. übertragen, deren Ehemann am 31. Jan. 1942 als Soldat in Rußland an Flecktyphus verstorben war. Aus Ärger darüber, daß er unberücksichtigt geblieben war, machte der Angekl. abfällige Bemerkungen über Frau Sch. und über den Gemeindesekretär C. Deshalb auf das Bürgermeisteramt bestellt, wurde er bei einer Unterredung mit C., der ihm Vorhaltungen machte, erregt und äußerte in dieser Erregung zu C. mit Bezug auf Sch.: „Der kann noch einmal verrecken in Rußland!"

Das AG. hat ihn deshalb wegen Beleidigung der Witwe Sch. zu drei Monaten Gefängnis verurteilt. Die Berufung des Amtsanwalts, der eine höhere Strafe festgesetzt wissen wollte, ist durch das rechtskräftige Urteil des LG. verworfen worden.

Gegen den Strafausspruch dieses Urteils hat der Oberreichsanwalt Nichtigkeitsbeschwerde erhoben; er hat beantragt, die Strafe auf ein Jahr Gefängnis zu erhöhen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist begründet, da gegen den Strafausspruch der genannten Urteile erhebliche Bedenken bestehen.

Der Tod im Feldzug gegen den Landesfeind ist das größte Opfer, das ein deutscher Mann und seine Familie für ihr Volk darbringen können. An dieses Opfer eine Schmähung zu knüpfen, ist ein Verhalten, das von ungewöhnlicher Gefühlsroheit und Niedrigkeit der Gesinnung zeugt. Die beleidigende Äußerung des Angekl. war überdies nicht nur nach ihrem Inhalt, sondern auch schon in ihrer Form besonders häßlich und gemein. Die Tat ist um so verwerflicher, als die Eheleute Sch. dem Angekl. nichts getan hatten und als die Beschimpfung ihren Grund letzten Endes in Geschäftsneid hatte. Bei dieser Sachlage kann weder der Umstand, daß der Angekl. in Erregung gehandelt hat, noch seine angebliche Reue oder das Eintreten der Witwe Sch. für ihn mit Rücksicht auf seine Familienverhältnisse die milde Beurteilung rechtfertigen, die in den Urteilen des AG. und des LG. vertreten wird. Die erkannte milde Strafe kann daher nicht bestehen bleiben. Ob und bejahendenfalls in welchem Maße die Umstände, die in der Gegenerklärung zur Nichtigkeitsbeschwerde vorgetragen sind, es rechtfertigen, eine geringere als die gesetzliche Höchststrafe des § 185 StGB. festzusetzen, wird in neuer Verhandlung vor dem Tatrichter zu entscheiden sein.

(RG., 1. StrSen. v. 22. Dez. 1942, 1 C 88/42n.) [Sa.]

**** 2. RG. — § 211 StGB. Eine Tat kann ihres an sich grausamen Charakters dadurch entkleidet werden, daß der Täter zu ihr infolge einer entschuldbaren, heftigen Gemütsbewegung hingerissen worden ist. †)**

I. Durch das rechtskräftige Urteil des Sondergerichts v. 12. Okt. 1942 ist der Angekl. als Gewaltverbrecher wegen Mordes zum Tode verurteilt worden, weil er am 29. Sept. 1942 seine Ehefrau, von der er getrennt lebte, bei einer erregten Auseinandersetzung durch mindestens neun Messerstiche getötet hat. Nach seiner ersichtlich als unwiderlegt angenommenen Darstellung hatte er sich am Tage der Tat zu seiner Ehefrau begeben, um sie wieder für sich zu gewinnen und aufzufordern, von anderen Männern abzulassen und zu ihm zurückzukehren; über ihre erneute Weigerung, sich mit ihm auszusöhnen, geriet er in solche Wut, daß er zu seinem Taschenmesser griff und sie tötete.

Den Beweggrund zur Tat hat das Sondergericht darin gefunden, daß sich der Angekl. durch das Verhalten seiner Ehefrau gekränkt und zurückgesetzt fühlte und daß er unter schwerer Eifersucht litt.

Den § 211 StGB. n. F. hat das Sondergericht mit der Begründung angewendet, daß die Tötung „grausam" im Sinne dieser Gesetzesstelle begangen worden sei. Denn der Angekl. habe auf seine Ehefrau trotz ihrer energischen Gegenwehr „zahllose Male" eingestochen; er habe sie offenbar auch gewürgt und mit der einen Hand festgehalten, um mit der anderen Hand furchtbare Halsschnitte auszuführen, die schließlich zum Verbluten der Ehefrau geführt haben.

II. Gegen dieses Urteil hat der ORA. Nichtigkeitsbeschwerde erhoben und geltend gemacht, Vorgeschichte, Beweggrund und Hergang der Tat ließen den Angekl. nicht als Mörder i. S. des § 211 StGB. n. F. erscheinen.

Überdies hätte es einer eingehenden Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters bedurft. Das Sondergericht habe den § 211 StGB. n. F. mit dem bloßen Hinweis auf die Grausamkeit der Tatausführung angewendet, ohne in diesem Zusammenhang auf die Persönlichkeit des Angekl. einzugehen. Aus den zur Person getroffenen Urteilsfeststellungen gehe hervor, daß der Angekl. bisher völlig unbestraft war und daß er im Osten an der Front gestanden hat, zum Obergefreiten ernannt und mit dem Infanteriesturmabzeichen ausgezeichnet worden ist. Hieran hätte das Sondergericht nicht ohne Erörterung vorübergehen dürfen.

Aus diesen Gründen bestünden auch durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die Annahme, daß der Angekl. ein typischer Gewaltverbrecher sei. Der Gesetzgeber habe hier Eifersuchtstaten dieser Art gerade nicht vor Augen gehabt.

Die Erläuterung des Begriffes Mörder gibt § 211 Abs. 2 StGB. Ist eines der Merkmale des Abs. 2 vorhanden, so

hingewiesen, daß von dem Erlös der als Sicherheit dienenden Erzeugnisse in jedem Falle neue Rohstoffe hätten angeschafft und dem Bekl. hätten übereignet werden müssen und daß beide Teile, Darlehensgeber und Darlehensnehmer, sich völlig darüber klar gewesen seien, daß auf dieser Grundlage eine geschäftliche Tätigkeit überhaupt nicht möglich sei; deshalb habe der Darlehnsgeber entsprechende Sicherungen auch nicht verlangt. Auf alles dies ist der BerR. nicht eingegangen. Es konnte aber bei sachgemäßer Würdigung keineswegs unberücksichtigt bleiben, schon deswegen nicht, weil Sicherungsübereignungen, zumal wenn sie Lagerwaren von wechselndem Bestande zum Gegenstande haben, erfahrungsgemäß besondere Vereinbarungen erfordern, welche die Belange des Sicherungsnehmers an der Aufrechterhaltung der Sicherheiten mit denen des Sicherungsgebers, insbesondere mit der Möglichkeit weiterer Verfügungen aus geschäftlichen Rücksichten und Notwendigkeiten, z. B. unter Eigentumsvorbehalten bei neuen Einkäufen, in Einklang zu bringen geeignet sind (vgl. RGRKomm. z. BGB., 9. Aufl. 1939, Bem. 3 und 6 zu § 930). Dies gilt um so mehr, wenn, wie im vorl. Falle, die vorhandenen Rohstoffe verarbeitet werden sollen und die Sicherheit oder die Verpflichtung dazu sich etwa auf die darauf hergestellten Erzeugnisse und auf neubeschaffte Rohstoffe jeweils von selbst sollte erstreckt werden. Daß der Bekl. lange Zeit hindurch die Durchführung der Sicherungsabrede trotz wiederholter Neugewährung erheblicher Darlehensbeträge nicht verlangt hat, wäre in diesem Zusammenhang auch ohne die Annahme eines Verzichts durchaus ins Auge zu fassen und in Rücksicht zu ziehen, wie es überhaupt bedenklich erscheinen muß, daß der Bekl. nach der Annahme des BG. (von dem Fall der Verwirkung oder eines sonstigen Verstoßes gegen Treu und Glauben abgesehen) berechtigt sein könnte, zu einer ihm passenden, aber für die geschäftlichen Verfügungen des Darlehnsnehmers möglicherweise ungünstigen Zeit mit seinem Verlangen auf dingliche Sicherstellung entsprechend einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Vertragsgegners je nach seinem Belieben hervorzutreten. Hier kommt besonders in Betracht, daß dies gerade bei einer Rechtsgestaltung wie der vorliegenden, wo über Wirtschaftsgüter der verschiedensten Art (Maschinen, Rohstoffe, Fertigwaren, Bestandteile eines einem dauernden Wechsel unterliegenden Warenlagers) unter verschiedenartigen Voraussetzungen im einzelnen Falle verfügt werden müßte und wo auch bei Wiederholungen neue Verhandlungen mit maßgebenden Dienststellen (Devisenstelle) geführt werden müßten, naturgemäß Weiterungen und Schwierigkeiten für den verpflichteten Betriebsunternehmer nach aller Voraussicht nicht vermeidbar wären. Es ist schwerlich anzunehmen, daß dem Inhaber eines Fabrikationsgeschäfts von einem Umfange, wie es vorliegend offenbar in Betracht kommt, unterstellt werden kann, er würde sich bei vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtung auf einen derartigen „Wechsel auf die Zukunft" eingelassen haben; daß dies wirklich so gewesen wäre, würde jedenfalls schlüssiger Begründung bedürfen.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 6. Nov. 1942, VII 64/42.) [He.]

*

**12. RG. — § 138 HGB.; § 738 BGB.**

**1. Die Beteiligung an einer OHG. als persönlich haftender Gesellschafter kann nicht ohne Auseinandersetzung gemäß § 738 BGB. in eine stille Beteiligung (der Erben oder eines Teils der Erben des persönlich haftenden Gesellschafters) übergeleitet werden.**

**2. Soll nach dem Gesellschaftsvertrag der OHG. die Gesellschaft mit dem Tode eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit seinen Erben in der Weise fortgesetzt werden, daß nur e i n e r von den Erben an Stelle des Verstorbenen eintreten kann, ist aber der eintrittsberechtigte Erbe noch nicht bestimmt, so ist die Rechtsnachfolge bis zur Entschließung der Erben, ob einer, gegebenenfalls wer von ihnen, eintrittsberechtigt sein soll, in der Schwebe; den Erben ist für diese Entschließung eine angemessene Zeit zu lassen. Einigen sie sich nicht oder ist keiner von ihnen zum Eintritt bereit, so wird die Gesellschaft von den überlebenden Gesellschaftern dann allein fortgesetzt, wenn im Gesellschaftsvertrag ihr Fortbestehen gemäß § 138 HGB. vereinbart ist, anderenfalls aber gemäß § 131 Ziff. 4 HGB. aufgelöst. †)**

Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, welche Rechte dem Kl. als befreitem Vorerben seiner am 15. Nov. 1931 verstorbenen Ehefrau Anna geb. U., einer Tochter und Miterbin der am 2. Juli 1929 verstorbenen Witwe Elise U., die bis zu ihrem Tode Gesellschafterin der Bekl. war, auf Grund des Gesellschaftsvertrages gegenüber der Bekl. zustehen. Hierüber kam es zwischen denselben Parteien bereits zu zwei Vorprozessen und ist neben dem hier vorliegenden Rechtsstreit zugleich noch ein weiterer Rechtsstreit unter II 45/42 bei dem Senat anhängig. Über den zweiten Vorprozeß hat der Senat durch Urt. v. 23. Jan. 1941 entschieden. Dort stand (mit umgekehrten Parteirollen) die Frage zur Entscheidung, ob dem jetzigen Kl. ein Anspruch auf Beteiligung an dem Reingewinn der Bekl. aus den Geschäftsjahren 1939 und 1940 (auf Grund des Gesellschaftsvertrages) zusteht; der Senat hat dies verneint. Im gegenwärtigen Rechtsstreit dreht sich der Streit der Parteien, nachdem der Kl. seine Klage zurückgenommen hat, allein noch um den von der Bekl. mit der Widerklage verfolgten Antrag auf Feststellung, daß dem Kl. gegen die Bekl. Ansprüche aus dem Beteiligungsverhältnisse nicht mehr zustehen, soweit es sich um Gewinnanteile für die Jahre 1941 und folgende und um Auseinandersetzungsguthaben über die am 3. Jan. 1939 gezahlten Beträge von 43108,30 RM (Kapital) und 3448,45 RM (8% Zinsen hiervon für 1938) hinaus handelt. Gegenüber etwaigen Ansprüchen des Kl. hat die Bekl. mit ihrem angeblichen Gegenanspruch auf Rückvergütung irrtümlicherweise für die Jahre 1932 bis 1938 ausbezahlter Gewinnbeträge, der den Gegenstand eines gleichzeitig anhängigen Parallelprozesses bildet, aufgerechnet und auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das LG. hat dem Widerklageantrage der Bekl. in vollem Umfange entsprechen. Das BG. hat die mit der Widerklage von der Bekl. begehrte Feststellung lediglich hinsichtlich der Gewinnanteile für die Jahre 1941 und folgende getroffen, den weiteren Feststellungsantrag hinsichtlich des Auseinandersetzungsguthabens jedoch, in Abänderung des landgerichtlichen Urteils, abgewiesen. Mit der Rev. begehrt der Kl. Abweisung des Feststellungsantrages der Bekl. auch hinsichtlich der Gewinnanteile, während die Bekl. mit der Anschlußrevision volle Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils verfolgt. Beide Revisionen waren erfolglos.

I. Nach § 7 Abs. 1 und 2 des am 30. Juli 1925 zwischen den damaligen Gesellschaftern der Bekl. (Witwe Elise U., Karl U. und Max U.) geschlossenen Gesellschaftsvertrages wird durch das Ableben eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst (Abs. 1), treten vielmehr an die Stelle des Verstorbenen die von diesem bestimmte Person oder, falls eine solche nicht bestimmt sein sollte, seine gesetzlichen oder testamentarischen Erben (Abs. 2). Der Abs. 3 bestimmt sodann weiter: „Es kann aber in jedem Falle immer nur e i n e Person an Stelle des Verstorbenen in die Firma eintreten."

Das BG. war in seinen Urteilen der beiden Vorprozesse davon ausgegangen, daß der Abs. 2 des § 7 ebenso wie die Abs. 1 und 4 des § 11 den Eintritt a l l e r Erben in die Firma zum mindesten als möglich voraussetzten, und daß der Abs. 3 des § 7 hiermit insofern nicht in Widerspruch stehe, als sich aus ihm lediglich ergebe, daß nur e i n Erbe „an Stelle des Verstorbenen" i n d i e F i r m a, d. h. in die Rechtstellung des Verstorbenen „als persönlich haftender Teilhaber" solle eintreten dürfen. Damit war nach Ansicht des BG. nicht bestimmt, daß die übrigen Erben als Gesellschafter ausscheiden müßten. Allen Erben — so führt es weiter aus — habe vielmehr die Möglichkeit einer weiteren Beteiligung am Gewinn des Unternehmens gesichert werden sollen, indem ihnen, soweit sie nicht von der Befugnis des Abs. 3 Gebrauch machten, gestattet worden sei, „im Innenverhältnis" Gesellschafter zu bleiben; allerdings handele es sich insoweit nicht, wie die Parteien bisher angenommen hätten, um eine „stille Gesellschaft" i. S. der §§ 335 ff. HGB.; denn ein solches Rechtsverhältnis habe Vereinbarungen zur Voraussetzung, die neben den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages v. 25. Juli 1925 das Rechtsverhältnis zu einer stillen Gesellschaft ausgestaltet hätten, während im vorl. Falle sich das Beteiligungsverhältnis unmittelbar aus der Bindung des „ererbten Kapitalanteils" als Beteiligungskapital ergebe; dieses Beteiligungsverhältnis sei somit nach den §§ 705 ff. BGB. zu beurteilen. Dement-

sprechend hatte das BG. in den beiden Vorprozessen angenommen, daß nach dem Tode der Elise U. die Ehefrau des Kl. (Anna U.) — ebenso wie ihre Schwestern — zunächst als Gesellschafterin bürgerlichen Rechts im Innenverhältnis am Unternehmen der Bekl. beteiligt geblieben sei und daß dann nach dem Tode der Frau Anna U. der Kl. mit seinem Briefe v. 22. März 1932 dieses Gesellschaftsverhältnis, in das er als befreiter Vorerbe seiner Frau eingetreten sei, unter Erhöhung der Einlage fortgesetzt, später aber zum 31. Dez. 1938 aufgekündigt habe.

Von der Möglichkeit einer derartigen unmittelbaren Überleitung der Beteiligung der Witwe Elise U. als persönlich haftenden Gesellschafterin in eine Beteiligung der Erben im Innenverhältnis mit dem „ererbten Kapitalanteil" oder — wie es jetzt in Anpassung an die Ausführungen des früheren Senatsurteils sagt — mit dem „ererbten Gesellschaftsanteil" geht das BG. auch in seinem jetzt zur Erörterung stehenden Urteil aus, wenn es auch von der Annahme einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts abrückt und nur noch das Vorliegen einer stillen Gesellschaft in Erwägung zieht. Deshalb prüft es nunmehr, ob eine auf solche Überleitung gerichtete Vereinbarung zustande gekommen ist. Hierbei gelangt es auf Grund des Parteivorbringens, insbesondere des Kl., zu dem Ergebnis, daß weder die Ehefrau des Kl. noch dieser selbst das Gesellschaftsverhältnis der Frau Elise U. in einer neuen Form der Beteiligung habe fortsetzen wollen und demgemäß fortgesetzt habe. Daraus folgert es, daß das Gesellschaftsverhältnis, soweit der Anteil der Ehefrau des Kl. in Betracht kommt, spätestens am Tage der Teilung des Buchguthabens der Frau Elise U. unter die Erben beendigt worden sei, da die Teilung des Buchguthabens zugleich die Teilung des Gesellschaftsanteils bedeutet habe und die Ehefrau des Kl. durch diese Teilung ohne eine diesbezügliche Vereinbarung, die nach der Stellungnahme des Kl. nicht zustande gekommen sein könne, nicht habe Gesellschafterin werden können.

Der Senat hatte bereits in seinem früheren Urteile gegenüber der bisherigen Beurteilung der Rechtslage durch das BG. zum Ausdruck gebracht, daß der §7 des Gesellschaftsvertrages auf alle Fälle anders auszulegen sei. Nach seiner dort dargelegten Auffassung hat der §7 — der, wie noch hervorzuheben ist, in den Abs. 1—4 nicht etwa nur die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den Erben der Frau Elise U. regelt, sondern die Folgen des Ablebens *irgendeines* der drei Gesellschafter im Auge hat — im Abs. 2 offen gelassen, ob beim Tode der Frau Elise U. überhaupt eine der drei Töchter an die Stelle der Verstorbenen treten würde, und kam nach dem §7 Abs. 3 jedenfalls nur der Eintritt *einer* von ihnen in Betracht. Wenn nach diesen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages verfahren worden wäre, und die Tochter Rosa U., die erst im Jahre 1936 ihren Eintritt in die Gesellschaft an Stelle ihrer Mutter im Einverständnis aller Beteiligten erklärt hat, diesen Eintritt vor der Aufteilung des Buchguthabens der Mutter unter deren Erben vollzogen hätte, so würde sie dadurch zweifellos nicht nur den Gesellschaftsanteil der Verstorbenen, sondern zugleich auch deren laufenden Kapitalanteil als solchen im ganzen erworben haben, und wäre es dann ihre Sache gewesen, sich mit den Miterben hierüber auseinanderzusetzen, gegebenenfalls auch mit Hilfe von Auszahlungen, die die OHG. zu Lasten ihres Kapitalanteils an die Miterben leisten konnte. Gewisse Schwierigkeiten, die damals keiner Lösung bedurften, ergaben sich jedoch daraus, daß die Erben der Frau Elise U. inzwischen deren Kapitalanteil, wie er auf dem laufenden Kapitalkonto ausgewiesen wurde, unter sich verteilt hatten und diese Aufteilung auch nicht etwa nachträglich rückgängig gemacht haben; denn dies gab zu Zweifeln Anlaß, ob Rosa U. wirklich den vollen Gesellschaftsanteil der Mutter erworben hat.

Das BG. hat jedoch diesen Anregungen nicht folgen zu können geglaubt, sondern lehnt eine solche Auslegung als „wirtschaftlich für den neuen Mitgesellschafter wohl kaum tragbar" lediglich mit der Begründung ab, daß die Parteien selbst an sie nie gedacht hätten. Nach seiner Meinung kommt eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den drei Töchtern der Frau Elise U., soweit sie nicht etwa von der Befugnis des §7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages Gebrauch machten, nur in der Form einer stillen Gesellschaft in Betracht, die aber, wie es an sich zutreffend sagt, eine besondere Vereinbarung der Beteiligten voraussetzt. Schließlich erwähnt es noch, daß die neue Gesellschafterin Rosa U. nicht etwa den ererbten „Gesellschaftsanteil" ihrer Mutter in die Gesellschaft eingebracht habe, sondern einen völlig neuen „Gesellschaftsanteil".

Diese Ausführungen des BG. sind in mehrfacher Hinsicht rechtlich unhaltbar. Der grundlegende Fehler liegt darin, daß das BG. eine Umwandlung des Gesellschaftsverhältnisses eines persönlich haftenden Gesellschafters in das eines stillen Gesellschafters (bloßen Innengesellschafters) ohne jegliche Auseinandersetzung einfach in der Weise für möglich hält, daß das bisherige Buchguthaben (Kapitalkonto) des offenen Gesellschafters als Buchguthaben (Kapitalkonto) des stillen Gesellschafters weitergeführt wird. Die offenen (persönlich haftenden) Gesellschafter ebenso wie die Kommanditisten sind mit ihrem Gesellschaftsanteil *am Gesellschaftsvermögen*, das ihnen gemeinsam zur gesamten Hand gehört, *unmittelbar* beteiligt, während der stille Gesellschafter durch seine Kapitaleinlage nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Gesellschaft als solche auf Gewinnbeteiligung und sein künftiges Auseinandersetzungsguthaben erlangt. Die offenen Gesellschafter nebst den etwaigen Kommanditisten treten ferner durch den Gesellschaftsvertrag unmittelbar untereinander in ein Gesellschaftsverhältnis, während der stille Gesellschafter außerhalb dieses Gesellschaftsverhältnisses bleibt und nur zu der Gesellschaft als solcher in gesellschaftliche Beziehungen tritt (vgl. RGZ. 153, 373 f.). Wenn auch der Gesellschaftsvertrag eine Regelung der Art vorsehen kann, daß ein Gesellschafter bei seinem Ausscheiden unter Umständen einen Anspruch auf weitere Beteiligung als stiller Gesellschafter erlangt, so kann doch das eine Rechtsverhältnis nicht ohne weiteres in der Weise in das andere übergeleitet werden, daß der bisherige Gesellschafts- und Kapitalanteil des offenen Gesellschafters (oder des Kommanditisten, von dem im folgenden abgesehen wird) als „Gesellschaftsanteil" und „Kapitalanteil" eines stillen Gesellschafters weitergeführt wird. Beim Ausscheiden eines offenen Gesellschafters wächst vielmehr dessen Gesellschaftsanteil den verbleibenden Gesellschaftern zu (vgl. §138 HGB., §738 BGB.) und steht dem Ausscheidenden sein sich aus der Schlußabrechnung ergebender abschließender Kapitalanteil nur noch als Auseinandersetzungsguthaben zu; dieses Auseinandersetzungsguthaben kann er dann als die Einlage eines stillen Gesellschafters, über die ein neues laufendes Konto zu führen ist, in die Gesellschaft einbringen. Nicht aber können auf Grund eines einheitlichen Gesellschaftsvertrages offene und stille Gesellschafter in einem einheitlichen Gesellschaftsverhältnis nebeneinander stehen. Ganz ausgeschlossen ist eine Innenbeteiligung eines Gesellschafters in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wie sie das BG. anfangs angenommen hatte; denn die stille Gesellschaft unterscheidet sich von der gewöhnlichen Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts nur dadurch, daß sie eine Beteiligung im Innenverhältnis *an dem Handelsgewerbe* eines anderen voraussetzt, als welches natürlich auch die OHG. in Betracht kommt.

Nach der Auslegung, die das BG. dem §7 des Gesellschaftsvertrages zuteil werden läßt, sieht der Abs. 2 die weitere Beteiligung sämtlicher Erben vor, ohne daß hierbei zwischen der Beteiligung nach außen und der im Innenverhältnis unterschieden wird, und schränkt der Abs. 3 dies lediglich dahin ein, daß nur *einer* von ihnen *als offener Gesellschafter* „in die Firma eintreten" kann. Dies wäre nur in der Weise denkbar, daß die nicht in die Firma eintretenden Erben aus dem Gesellschaftsverhältnis völlig ausscheiden und statt dessen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Gestattung ihrer weiteren stillen Beteiligung am Unternehmen mit ihrem Auseinandersetzungsguthaben oder einem Teil desselben als Einlage erlangen; die Folge des Ausscheidens dieses Teils der Erben wird dann in der Regel die sein, daß dem einen in die Firma, also als offener Gesellschafter eintretenden Erben der *volle* Gesellschaftsanteil des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters zufällt, er also

vollständig an dessen Stelle tritt, mag auch sein Kapitalanteil sich infolge der Abfindung seiner Miterben verringern. Das BG. hat jedoch etwas Derartiges nicht im Auge, sondern denkt sich die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen in der Weise, daß jeder von ihnen mit seinem dem Erbanteil entsprechenden Anteil am Kapitalanteil sowie am Gewinnanteil des Verstorbenen am Unternehmen beteiligt bleibt, wenn auch nur einer von ihnen als offener Gesellschafter, die übrigen dagegen als stille Gesellschafter. Eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrage ist jedoch, wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, rechtlich unmöglich; demgemäß zieht auch der § 139 HGB. nur das Verbleiben der Erben, die nicht die volle Haftung übernehmen wollen, als Kommanditisten, nicht etwa auch ihr „Verbleiben" als stille Gesellschafter in Betracht. Damit aber entfällt jeder Anlaß für die Annahme, daß der Gesellschaftsvertrag ein Anrecht der nicht in die Firma eintretenden Erben auf weitere stille Beteiligung habe vorsehen wollen, zumal da die Art dieser etwaigen stillen Beteiligung in keiner Weise geregelt ist. Als allein möglich bleibt vielmehr die Auslegung übrig, die der Senat dem §7 in seinem früheren Urteil hat zuteil werden lassen. Der Abs. 2 des §7 sagt deutlich, daß die Erben oder die vom Erblasser bestimmte Person „an Stelle des Verstorbenen" treten; das kann nur bedeuten, daß dessen Gesellschaftsanteil nebst dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen auf sie übergehen soll. Diese Bestimmung ist dann im Abs. 3 dahin eingeschränkt, daß in jedem Falle, also vor allem auch bei Vorhandensein mehrerer als Nachfolger im Gesellschaftsverhältnis in Betracht kommender Erben, nur eine Person „an Stelle des Verstorbenen" in die Firma eintreten, d. h. dessen Gesellschaftsanteil nebst dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen erwerben darf. Demzufolge müssen die etwaigen mehreren Erben sich untereinander einigen, wer von ihnen dieses Recht erlangen soll, und müssen die übrigen zu dessen Gunsten ausscheiden, so daß dem in die Firma eintretenden Erben der volle Gesellschaftsanteil des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters zufällt. Der § 11 des Gesellschaftsvertrages, den das BG. noch für seine Auslegung heranzieht, regelt lediglich den Fall, daß keiner der Erben an Stelle des Verstorbenen in die Firma eintreten will. Inwiefern die Vertragsauslegung des Senats „für den neuen Mitgesellschafter kaum tragbar" sein sollte, wie das BG. meint, ist ebensowenig verständlich wie die entgegengesetzte Annahme der Rev., daß der in die Firma eintretende Gesellschafter durch seinen Eintritt gegenüber seinen Miterben unbillig begünstigt werde. Der Erbe, der im Einverständnis mit seinen Miterben in die Firma als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters einzutreten bereit ist, muß sich im Falle seines Eintritts den Wert dessen, was er damit an Rechten erlangt, bei der weiteren Erbauseinandersetzung anrechnen lassen; dies ist aber nur die selbstverständliche Folge der Zuteilung eines Nachlaßgegenstandes an einen Erben. Wenn die weitere Auseinandersetzung gerecht erfolgt, wird der in die Firma eintretende Erbe durch seinen Eintritt weder benachteiligt noch bevorzugt.

II. Sieht sich der Senat hiernach nicht veranlaßt, von seiner bisherigen Auslegung des §7 Abs. 1 bis 3 des Gesellschaftsvertrages abzugehen, so ist die weitere Frage, welche Rechtsstellung die Ehefrau des Kl. nach dem Tode der Mutter und später, nach dem Tode seiner Frau, auch der Kl. selbst gegenüber der Gesellschaft erlangt hat, unabhängig von der Stellungnahme des BG. hierzu zu beurteilen. Zu erwähnen ist dieser gegenüber nur, daß das BG. seine Verpflichtung verkennt, unabhängig vom Parteivorbringen zu prüfen, wie das beiderseitige Verhalten der Parteien hinsichtlich seiner vertraglichen Bedeutung auszulegen ist. Wenn auch eine Auslegung, die eine Partei oder beide Parteien einem Vertrage oder einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung geben, für die Auslegung durch den Richter unter Umständen von erheblicher Bedeutung sein kann, so darf doch der Richter seine Auslegung keinesfalls allein auf das Parteivorbringen stützen; dies gilt um so mehr, wenn die Parteien, wie im vorl. Falle, in der Auslegung ihres Verhaltens und in der Beurteilung der auf ihr beruhenden Rechtslage größte Unsicherheit an den Tag gelegt haben.

Die im §7 Abs. 1 bis 3 des Gesellschaftsvertrages für den Todesfall eines Gesellschafters getroffene Regelung paßt weder auf den Fall des § 138 HGB. noch auf den des § 139 HGB., obwohl es sich, wie bei diesen beiden Vorschriften, darum handelt, daß durch den Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst werden soll; die Anwendbarkeit des § 139 HGB. kommt insbes. deshalb nicht in Betracht, weil keiner der etwaigen Nachfolger, vor allem auch keiner der Erben eines verstorbenen Gesellschafters, ohne weiteres Gesellschafter wird oder auch nur verpflichtet ist, die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern fortzusetzen; dies ergibt sich einwandfrei aus § 11 Abs. 1. Die nach §7 Abs. 2 vom Verstorbenen in rechtswirksamer Weise zu seinem Nachfolger bestimmte Person ebenso wie der etwaige alleinige Erbe erlangt nach der Regelung des §7 nur ein Eintrittsrecht. Für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben, ohne daß der Erblasser einen von ihnen zu seinem Nachfolger bestimmt hat, bilden sie gemäß Abs. 2 den Kreis der Anwartschaftsberechtigten, denen ein Präsentationsrecht zusteht; zur Bestimmung, wer von ihnen gemäß Abs. 3 in die Firma eintreten darf, ist eine Einigung unter den mehreren Erben erforderlich. Macht der Eintrittsberechtigte von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch oder kommt eine Einigung zwischen den mehreren Miterben nicht zustande, so ergibt sich aus § 11 Abs. 1, daß auch in diesem Falle die Gesellschaft — vorbehaltlich des Rechts der überlebenden Gesellschafter aus § 11 Abs. 4, „die Liquidation der Firma zu verlangen", d. h. das Gesellschaftsverhältnis aufzukündigen — nicht etwa aufgelöst, sondern unter Ausscheiden der Erben des Verstorbenen von den Überlebenden fortgesetzt wird. Bis zur Entschließung des Eintrittsberechtigten und bis zum Zustandekommen der Vereinbarung unter den etwaigen mehreren auswahlberechtigten Miterben bleibt demzufolge das Schicksal des Gesellschaftsanteils, nämlich die Frage, ob er einem der mehreren Erben zufällt, bejahendenfalls wem von ihnen, oder ob er mangels Eintritts eines Erben den überlebenden Gesellschaftern zuwächst, in der Schwebe. Für diese Entschließung ist den Beteiligten selbstverständlich eine angemessene Zeit zu lassen.

Im vorl. Fall hat nun die am 2. Juli 1929 verstorbene Gesellschafterin Elise U. ihre vier Kinder als ihre gesetzlichen Erben hinterlassen, ohne eines von ihnen zu ihrem Nachfolger zu bestimmen. Eine dem §7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages entsprechende Regelung haben die Beteiligten erst zum 1. Okt. 1936 getroffen. In der langen Zwischenzeit haben die überlebenden Gesellschafter unter völliger Nichtbeachtung der Bestimmung des §7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages die Gesellschaft mit sämtlichen Erben der Elise U. tatsächlich fortgesetzt. Wenn diese auch an der Geschäftsführung nicht teilgenommen haben, von der sie gem. §7 Abs. 4 auch auf alle Fälle ausgeschlossen waren, so haben sie doch im Einvernehmen mit den die Geschäfte der OHG. führenden überlebenden Gesellschaftern das Kapitalguthaben (den laufenden Kapitalanteil) der verstorbenen Frau Elise U. unter sich aufgeteilt und hat anschließend jeder von ihnen Einzahlungen oder Entnahmen auf den ihm zugefallenen Anteil des Kapitalanteils gemacht, wurden auch die Gewinne der folgenden Jahre dem Kapitalanteile jedes einzelnen von ihnen anteilig gutgeschrieben, als wenn jeder von ihnen zu seinem Erbteil Nachfolger der verstorbenen Frau Elise U. geworden wäre. Diese tatsächliche Fortsetzung der Gesellschaft mit sämtlichen Erben der Frau Elise U. hatte zunächst einmal nach außen jedenfalls die Wirkung, daß die Erben den Gläubigern der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten persönlich hafteten; diese Wirkung konnte auch ohne Eintragung der Erben als persönlich haftender Gesellschafter in das Handelsregister eintreten. Die tatsächliche Handhabung kann aber auch für das Innenverhältnis nach Treu und Glauben nur den Sinn haben, daß die überlebenden Gesellschafter und die Erben sich über die Fortsetzung der Gesellschaft in der Weise einig waren, daß wenigstens vorläufig — entgegen §7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages — sämtliche Erben an Stelle ihrer Mutter in die Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter eintraten und demgemäß entsprechend ihren Erbteilen, also zu gleichen Teilen, den Gesellschaftsanteil der Mutter im Wege der teilweisen Erbauseinandersetzung er-

warben. Ob die Beteiligten sich dieser Rechtsfolgen ihres Verhaltens bewußt waren, ist völlig bedeutungslos, da das Verhalten in Ermangelung einer klaren Willensübereinstimmung der Beteiligten nur nach objektiven Grundsätzen beurteilt werden kann. Etwas anderes ergab sich auch nicht etwa daraus, daß in den folgenden Jahren seit dem Tode der Frau Elise U. der auf die aufgeteilten Gesellschaftsanteile der Erben entfallende Gewinnanteil nicht zu gleichen Teilen an die vier Erben, sondern zu je 1/3 an die drei Töchter ausgezahlt wurde; denn diese Handhabung beruhte offensichtlich auf der Bestimmung des § 7 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages.

An dieser Rechtslage hat sich durch den Tod der Ehefrau des Kl. nur insofern etwas geändert, als nunmehr der Kl. selbst als befreiter Vorerbe seiner Frau an deren Stelle trat. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob der Kl. auf Grund der Bestimmung des § 7 Abs. 1 bis 3 unmittelbar ein Eintrittsrecht an Stelle seiner Frau erlangt hatte oder ob, wie im Schrifttum vielfach angenommen wird (vgl. z. B. Weipert in RGRKomm. z. HGB. § 139 Anm. 6 und Schlegelberger, HGB. § 139 Anm. 12), eine derartige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über die Fortsetzung der Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters grundsätzlich nur für den ersten Erbanfall, nicht dagegen auch in bezug auf die Erbeserben gilt. Nach dem unstreitigen Verhalten der sämtlichen Beteiligten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie über den Eintritt des Kl. an Stelle seiner Frau einig gewesen sind, zumal da er auch in der Erbengemeinschaft der vier Kinder der Frau Elise U. als alleiniger Erbe (befreiter Vorerbe) seiner Frau ohne weiteres an deren Stelle trat. Auch hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten sich dieser Rechtsfolge ihres Verhaltens bewußt gewesen sind.

Eine grundlegende Änderung der Rechtslage ergab sich dann jedoch daraus, daß unter dem 24. Sept. 1936 sämtliche Beteiligten dem Handelsregister gegenüber erklärten, Frau Elise U. sei infolge Ablebens aus der Gesellschaft ausgeschieden und an ihre Stelle sei Rosa U. (eine ihrer Töchter) als persönlich haftende Gesellschafterin in die Gesellschaft eingetreten; dies wurde am 1. Okt. 1936 auch in das Handelsregister eingetragen. Dadurch wurde — jedenfalls nach außen hin — der Zustand hergestellt, wie er der Bestimmung des § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages entsprach und bei Beachtung desselben alsbald nach dem Tode der Frau Elise U. hätte hergestellt werden sollen; es schieden damit also Frau Margarete E. und der Kl. (als befreiter Vorerbe seiner Frau) auf alle Fälle als persönlich haftende Gesellschafter aus. Über die Rechtswirkung der Erklärung auf das Innenverhältnis der Beteiligten ist unstreitig eine besondere Vereinbarung weder zwischen den Gesellschaftern noch zwischen den Erben der Frau Elise U. getroffen worden. Dies läßt sich also ebenfalls nur durch eine objektive Beurteilung des Verhaltens der Beteiligten nach Treu und Glauben klarstellen. Tatsächlich hat sich in der inneren Handhabung der Beziehungen der Beteiligten zueinander auch nach dem Eintritt der Rosa U. an Stelle ihrer Mutter zunächst nichts geändert, ist insbes. auch nicht etwa die Aufteilung des Kapitalkontos der Frau Elise U. unter die Erben wieder rückgängig gemacht worden. Vielmehr sind die Kapitalkonten der Ausgeschiedenen, insbes. auch das Konto „Anna U." nebst dem Sonderkonto des Kl. selbst, unter weiterer Gutschrift der 8%igen Vergütung für das jeweilige Kapitalguthaben und von je 1/9 des Reingewinns bis Ende 1938 unverändert fortgeführt worden. Von diesem Zeitpunkt ab trat dadurch eine Änderung ein, daß der Kl. im ersten Vorprozeß 7 O 121/37 durch Schriftsatz v. 23. Juni 1938 seine etwaige stille Beteiligung als Vorerbe seiner Frau oder — wie er jetzt meint — seine etwaige persönliche stille Beteiligung zum 31. Dez. 1938 aufgekündigt und die Bekl. demzufolge dem Kl. Anfang Januar 1939 das ganze auf dem Konto „Anna U." stehende Guthaben ausgezahlt hat. Im früheren Urteil des Senats ist die Frage offengelassen worden, ob Rosa U. durch die Erklärung der Beteiligten v. 24. Sept. 1936 den vollen Gesellschaftsanteil der Elise U. oder nur — entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung seit dem Tode der Mutter — 1/3 davon erworben hat. Diese Frage ist nunmehr im ersten Sinne zu beantworten. Denn die Erklärung, daß Rosa U. an Stelle der Mutter als persönlich haftende Gesellschafterin eingetreten sei, läßt — in Ermangelung jeder Einschränkung, insbes. in Ermangelung jeder Bestimmung darüber, was andernfalls aus den bisherigen Gesellschaftsanteilen der Miterben werden solle — nur die Deutung zu, daß damit der dem § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages entsprechende Rechtszustand hat hergestellt werden sollen, daß also sowohl Frau Margarete E. als auch der Kl. selbst endgültig aus der Gesellschaft ausschieden und daß Rosa U. die bisherigen Gesellschaftsanteile ihrer Miterben hinzuerwarb. Damit widerlegt sich auch die Bemerkung des BG., daß Rosa U. „nicht etwa den ererbten Gesellschaftsanteil ihrer Mutter in die Gesellschaft eingebracht" habe, „sondern einen völlig neuen Gesellschaftsanteil"; das BG. verwechselt hier wieder den Gesellschaftsanteil mit der Einlage und dem auf ihr beruhenden Kapitalanteil, dessen Wesen im früheren Senatsurteil bereits eingehend dargelegt ist; der Gesellschaftsanteil setzt eine Einlage überhaupt nicht voraus. Daher ist es auch völlig unerheblich, ob Rosa U. nur mit dem auf ihrem bisherigen Kapitalkonto stehenden Betrage als Einlage das hinsichtlich ihrer Person erweiterte Gesellschaftsverhältnis fortgesetzt hat.

Ob der Kl. ebenso wie Frau Margarete E. etwa im Innenverhältnis mit einer Einlage, die dem Betrage ihres bisherigen laufenden Kapitalkontos entsprach, als stille Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt blieben, da sie ihr Kapital zunächst stehen ließen und weiter verzinst bekamen, kann hier dahingestellt bleiben. Denn selbst im Falle einer solchen weiteren Innenbeteiligung würden sie, mangels entgegenstehender Vereinbarung, höchstens einen Anspruch auf weitere Gewinnbeteiligung entsprechend ihrem Beteiligungsguthaben, nicht aber ohne weiteres einen von ihrer Einlage völlig unabhängigen Anspruch auf Gewinnbeteiligung entsprechend dem § 4 des unter den offenen Gesellschaftern bestehenden Gesellschaftsvertrages erlangt haben. Auch die weitere Auszahlung von je 1/9 des Reingewinns neben der Vergütung (von 8%) für die Kapitalbeteiligung besagt in dieser Beziehung nichts, da der Frau Margarete E. dieser Gewinnanteil ohne Rücksicht auf ihre Kapitalbeteiligung auf Grund des § 7 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages ohnehin zustand, und die weitere Auszahlung dieses Gewinnanteils auch an den Kl. ersichtlich auf der irrigen Annahme der Bekl. beruhte, daß auch dem Kl. als dem Vorerben seiner Frau dieser Gewinnanteil auf Grund der gleichen Vorschrift noch zustehe; daß diese Annahme unrichtig war, ist erst durch das frühere Senatsurteil geklärt worden. Erwähnt sei nur noch zur Frage, ob der Kl. an dem Unternehmen der Bekl. weiter als stiller Gesellschafter beteiligt geblieben ist, daß die etwaige stille Beteiligung auf alle Fälle durch die Aufkündigung dieses Rechtsverhältnisses zum 31. Dez. 1938 ihr Ende gefunden hat. Demgegenüber kann der Kl. mit seinem jetzigen Vorbringen nicht gehört werden, daß er nur seine etwaige Beteiligung mit einem persönlichen Guthaben, nicht aber auch seine etwaige Beteiligung mit einem Guthaben, das ihm in seiner Eigenschaft als befreiter Vorerbe seiner Frau zustand, habe aufkündigen wollen. Denn abgesehen davon, daß nur eine einheitliche stille Beteiligung des Kl. mit einer Einlage, gleichviel woher diese stammte, in Betracht kam, hatte er damals gerade einen Betrag von 10 000 *RM* eingeklagt, der auf dem Konto „Anna U." (nicht auf seinem persönlichen Konto) gebucht war, und die Kündigung wurde dadurch veranlaßt, daß die Bekl. hiergegen geltend gemacht hatte, dieses Kapitalguthaben sei mangels Kündigung nicht fällig; außerdem hat der Kl. sich auf Grund seiner Kündigung im Januar 1939 tatsächlich das ganze auf dem Konto „Anna U." stehende Guthaben auszahlen lassen. Damit entfällt jeglicher Anspruch des Kl. auf weitere Gewinnbeteiligung, soweit dieser Anspruch auf seine gesellschaftliche Beteiligung am Unternehmen der Bekl. gestützt ist.

III. Auch die Anschlußrevision der Beklagten, mit der diese entsprechend ihrem weiteren Widerklageantrag die Feststellung begehrt, daß dem Kl. kein weiterer Auseinandersetzungsanspruch gegen die Bekl. zusteht, ist im Ergebnis unbegründet. Wie die obigen Ausführungen ergeben, ist der Kl. seit dem 1. Okt. 1936 aus dem Gesellschaftsverhältnis als offener Gesellschafter ausgeschieden, indem damals Rosa U. im Einverständnis aller

Beteiligten an die Stelle ihrer Mutter trat und damit auch den bisherigen Gesellschaftsanteil des Kl. erwarb. Es fragt sich daher zunächst, ob der Kl. damit einen Abfindungsanspruch etwa nur gegen Rosa U. als die Erwerberin seines Gesellschaftsanteils oder zum mindesten auch einen Auseinandersetzungsanspruch gemäß § 738 BGB. unmittelbar gegen die Bekl. erlangt hat. In dieser Beziehung könnten im vorl. Falle deshalb Zweifel bestehen, weil der bisherige Gesellschaftsanteil des Kl. nicht etwa den sämtlichen verbleibenden Gesellschaftern, sondern ausschließlich der einen Gesellschafterin Rosa U. zugefallen ist. Dies beruht aber hier nicht auf einer Erbauseinandersetzung der mehreren Miterben untereinander, da diese hinsichtlich des Gesellschaftsanteils der Frau Elise U. bereits alsbald nach deren Tode durch Aufteilung vollzogen worden ist, wie oben dargelegt wurde, auch nicht auf einem sonstigen lediglich zwischen dem Kl. und Rosa U. geschlossenen Übertragungsvertrag, sondern auf einer zwischen allen Gesellschaftern getroffenen Vereinbarung, durch die der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag (§ 7 Abs. 3) nach dessen vorübergehender Nichtbeachtung wieder zur Geltung gebracht werden sollte. Unter diesen Umständen hat die Gesellschaft als solche den Ausscheidenden für das Abfindungsguthaben einzustehen und bleibt es ihr überlassen, sich an Rosa U. als der Erwerberin der Gesellschaftsanteile der Ausscheidenden im Ausgleichswege schadlos zu halten.

Bei der Feststellung des Abfindungsguthabens des Kl. können die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 u. 2 des Gesellschaftsvertrages keine Anwendung finden, weil die Voraussetzungen für deren Anwendung hier keinesfalls vorliegen. Bemerkt sei jedoch hierzu noch, daß das BG. diese Bestimmungen völlig mißverstanden hat, indem es sie als widerspruchsvoll hinstellt; der § 11 Abs. 1 regelt das Auseinandersetzungsguthaben des verstorbenen Gesellschafters für den Fall, daß keiner der Erben an seine Stelle tritt, in der Weise, daß zu dem auf Grund der letzten Bilanz zu berechnenden Buchguthaben 10% hinzugeschlagen werden, falls das Ausscheiden in den nächsten 5 Jahren seit Abschluß des Gesellschaftsvertrages erfolgt, bei späterem Ausscheiden dagegen 20%; dadurch soll „ein Äquivalent für die stattgehabten Abschreibungen", d. h. für die offenen und stillen Reserven und möglicherweise zugleich auch für den Anteil am inneren Geschäftswert geschaffen werden. Im vorl. Fall ist das Abfindungsguthaben des Kl. mangels abweichender Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nach den gewöhnlichen Grundsätzen, d. h. unter Ermittelung des wahren Wertes des Gesellschaftsanteils des ausscheidenden Gesellschafters zur Zeit seines Ausscheidens (1. Okt. 1936) zu bemessen. Eine dementsprechende Auseinandersetzung, die eine Vereinbarung der Beteiligten erfordert und im Notfalle im Klagewege herbeizuführen ist, hat aber bisher zwischen den Parteien überhaupt noch nicht stattgefunden. Vielmehr hat die Bekl. dem Kl. lediglich im Januar 1939 den auf seinem laufenden Kapitalkonto stehenden Betrag als Kapitalguthaben ausgezahlt, womit der Kl. sich mit Recht nicht zufrieden gegeben hat. Unter diesen Umständen ist für die von der Bekl. mit der Widerklage begehrte Feststellung, daß dem Kl. kein weiterer Auseinandersetzungsanspruch gegen sie zusteht, noch kein Raum, weil die Auseinandersetzung überhaupt noch aussteht und deshalb noch gar nicht abzusehen ist, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Kl. noch ein Auseinandersetzungsguthaben zusteht. Gegenüber dem berechtigten Auseinandersetzungsverlangen des Kl. kann die Bekl. auch nicht mit einem einzelnen Rückvergütungsanspruch wegen überzahlter Gewinnbeträge aufrechnen, weil es sich insoweit um einzelne Rechnungsposten der Auseinandersetzung handelt, die nicht selbständig geltend gemacht werden können (vgl. RGZ. 118, 299). Ebensowenig kommt insoweit ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. in Betracht.

(RG., II. ZivSen., U. v. 29. Okt. 1942, II 47/42.) [He.]

**Anmerkung:** Die Entsch. des RG. hat über den entschiedenen Fall hinaus Bedeutung. Nimmt sie doch gegenüber dem angegriffenen Berufungsurteil Stellung zu Fragen, die vielfach sowohl bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen wie deren Auswirkungen bei Tod eines Gesellschafters auftreten.

Nach § 131 Nr. 4 wird die OHG. durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt. Durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag kann daher der mit der Auflösung der Gesellschaft verbundenen Liquidation vorgebeugt und unbeschadet des Todes eines Gesellschafters die wirtschaftliche Einheit des Unternehmens erhalten werden. So kann vereinbart werden, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern „fortbestehen" soll. Alsdann scheiden die Erben des verstorbenen Gesellschafters aus der OHG. aus (§ 138).

Es kann aber weiter bestimmt werden, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Das ist der Fall des § 139 BGB., der zwingenden Rechts ist. Sind mehrere Erben vorhanden, wird nicht die Gesamtheit der Erben Gesellschafter, vielmehr jeder einzelne (RG.: JW. 1912, 475; KG.: JW. 1935, 1794; KGJ. 37, A 146, 268; a. M. KGJ. 44, 133). Aus der einen Mitgliedschaft werden entsprechend der Zahl der Erben mehrere Mitgliedschaften. Jeder einzelne Erbe hat für sich die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Erblassers. Die Erben sind weder berechtigt noch verpflichtet, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen (RGZ. 2, 30). Der Kapitalanteil des Erblassers zerfällt durch den Eintritt der Erben in die OHG. in der Zahl der Erben entsprechende Teile, wobei für die Höhe des Kapitalanteils des einzelnen Erben sein Erbanteil maßgebend ist. Das gleiche gilt für den Gewinn- und Verlustanteil jedes Erben (vgl. hierzu Schlegelberger, Anm. 25 zu § 139). Erben im Sinne dieser Bestimmung sind auch der Vorerbe und der Nacherbe.

Statt „mit den Erben" kann im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung nur mit einem Erben, dem ältesten Sohn, der Witwe oder sonst einem vom Erblasser bestimmten oder von den Miterben präsentierten und bereiten Erben vorgesehen werden. Auch diesem werden die Rechte aus § 139 HGB. gegeben (KG.: JW. 1933, 119; DNotZ. 1935, 988; Hamm: OLG. 36, 270; Colmar: ZHR. 42, 529). Die Miterben, die nicht miteintreten, haben gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Doch kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens für die übrigen Miterben ausgeschlossen sein soll, ohne daß es einer letztwilligen Verfügung hierzu bedarf.

Der Gesellschaftsvertrag kann ferner bestimmen, daß die Gesellschaft nur mit Erben eines bestimmten Gesellschafters fortgesetzt werden soll, beim Tod anderer Gesellschafter dagegen aufgelöst oder nur unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Schließlich kann der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben zeitlich befristen.

Ist dagegen im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit einer Person vorgesehen, die nicht Erbe des Gesellschafters geworden ist, ist § 139 nicht anwendbar. Der Betroffene hat zwar ein Recht darauf, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden; der Eintritt bedarf aber einer besonderen Eintrittserklärung und hängt vom freien Belieben des Berechtigten ab. Den Schutz aus § 139 benötigt er nicht (vgl. Schlegelberger, Anm. 13 zu § 139).

§ 139 HGB. ist ferner nicht anwendbar, wenn, was zulässig ist, der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß die Erben nur als Kommanditisten (RG.: Recht 1924 Nr. 460) oder gar nur als stille Gesellschafter eintreten sollen. Im ersten Falle wird die OHG. mit dem Erbfall zur Kommanditgesellschaft. Sollen die Erben nur stille Gesellschafter werden, scheiden sie gem. § 138 aus der OHG. aus, und diese muß mit ihnen eine stille Gesellschaft bilden. Als stiller Gesellschafter kann auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine Erbengemeinschaft (RGZ. 176, 386; OLG. Braunschweig: LZ. 1908, 553) erscheinen. Stets aber kann sich — und darin lag, wie das RG. im vorl. Falle zutreffend festhält, der grundlegende Mangel des Berufungsurteils — die Umwandlung des Gesellschaftsverhältnisses eines persönlich haftenden Gesellschafters in das eines stillen Gesellschafters (bloßen Innengesellschafters) nur im Wege des Ausscheidens aus der Gesellschaft gem. § 138 HGB. der Auseinandersetzung mit den übrigen in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern und der Ver-

einbarung einer stillen Gesellschaft vollziehen. Alles das aber braucht nicht bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, kann vielmehr anläßlich des Todesfalles durch ausdrückliche oder stillschweigend getroffene Vereinbarung zwischen den Beteiligten in der Weise geschehen, daß das Auseinandersetzungsguthaben des Ausscheidenden, dessen Gesellschaftsanteil den verbleibenden Gesellschaftern zuwächst, festgestellt und dann als Vermögenseinlage des nunmehr als stiller Gesellschafter angesehenen Ausgeschiedenen vereinbart wird. Bei dem hier vorliegenden Sachverhalt hätte mit dieser Begründung auch das RG. zu der von der Berufungsinstanz angenommenen stillen Gesellschaft kommen können. Daß die Parteien das offenbar gewollt haben, dürfte daraus hervorgehen, „daß der bisherige Gesellschafts- und Kapitalanteil des offenen Gesellschafters als ‚Gesellschaftsanteil' und ‚Kapitalanteil' eines stillen Gesellschafters weitergeführt" wurde. Zwar schafft diese Umbuchung selbst kein anderes Rechtsverhältnis. Sie kann aber, zumal angesichts der sonstigen Behandlung dieses Kontos und der weiteren Zahlungen der Gesellschaft, als ein Beweis dafür angesehen werden, daß die Beteiligten stillschweigend das Ausscheiden aus der Gesellschaft mit der Folge der Anwachsung des Gesellschaftsanteils des Ausscheidenden, dessen Wiedereintritt als stiller Gesellschafter und die Belassung seines Auseinandersetzungsguthabens nunmehr als Vermögenseinlage i. S. des § 335 HGB. angesehen haben. Denn daß auch die eigene Forderung (hier das Auseinandersetzungsguthaben) des stillen Gesellschafters an die OHG. als dessen Einlage i. S. dieser Bestimmung vereinbart werden kann, dürfte nicht zweifelhaft sein (vgl. Schlegelberger, Anm. 13 zu § 335). Daß stiller Gesellschafter selbst eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine Erbengemeinschaft werden kann, ist oben bereits erwähnt worden. — Es dürfte ferner nicht notwendig sein, wie das RG. annimmt, die Einlage eines stillen Gesellschafters über ein neues laufendes Konto zu führen, abgesehen davon, daß durch die Kontenbezeichnung keine Rechtslage geschaffen wird. Vielmehr wird sogar gewöhnlich und durchaus zutreffend der Wert der Einlage auf dem als ein Vermögens-, ein Kapitalkonto zu erachtendes Einlagekonto des stillen Gesellschafters gebucht, so daß die hier erfolgte Führung unter der Bezeichnung: „Kapitalanteil" des stillen Gesellschafters zwar nicht völlig richtig, doch nicht ganz abwegig ist.

Im übrigen weist das RG. zutreffend darauf hin, daß Gesellschaftsanteil und Kapitalanteil nicht identisch sind. Der Ausdruck „Kapitalanteil" bezeichnet nicht einen „‚Anteil' am Geschäftsvermögen" etwa in dem Sinn, daß in Höhe dieses Anteils der Gesellschafter Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens ist. Der Kapitalanteil gibt auch nicht den Betrag an, den der Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft zu erhalten oder bei passivem Anteil zu zahlen hat. Er ist keine Forderung und keine Schuld der Gesellschaft, auch keine betagte oder bedingte. Der Kapitalanteil ist lediglich eine buchmäßige Ziffer, deren Bedeutung sich darin erschöpft, daß sich aus ihr die verhältnismäßige Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen erkennen läßt (RGZ. 117, 242). Nach dem Verhältnis der Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter zueinander ist das Gesellschaftsvermögen am Schluß der Abwicklung zu verteilen (§ 155). Der Kapitalanteil errechnet sich aus der Einlage des OHG.-Gesellschafters bei Beginn der Gesellschaft und erhöht sich durch weitere Einlagen und den Gewinn, er vermindert sich durch die befugten Entnahmen und den auf ihn fallenden Verlust. Diese Bewegungen des Kapitalanteils werden auf dem Kapitalkonto gebucht. Neben diesem besteht für jeden Gesellschafter ein Privatkonto, das einem laufenden Kundenkonto entspricht.

RA. u. Notar Dr. Hugo Dietrich, Berlin

*

**13. OLG. — § 24 GenG.; § 626 BGB. § 24 GenG. setzt eine gegen den Willen des Vorstandsmitgliedes ausgesprochene Entfernung desselben vom Amt, nicht die freiwillige Niederlegung des Amtes des Vorstandsmitgliedes voraus. Billigkeitserwägungen und die Grundsätze von Treu und Glauben verpflichten die Genossenschaft nicht, deshalb, weil sie erst später von sittlichen Verfehlungen des Vorstandsmitgliedes Kenntnis erlangt hat, seine Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag, wenn dieser schon zur Zeit der Entfernung des Vorstandsmitgliedes aus dem Amte zur Auflösung reif war, noch zu erfüllen.**

Der Kl., der seit 29. März 1919 dem Vorstand der bekl. Bank (eGmbH.) als Mitglied angehört und seitdem die Geschäfte der Bank geleitet hat, erhob 1937 gegen die Bank Klage, in der er unter anderem begehrte, festzustellen, daß ihm gegen die bekl. Partei Versorgungsrechte zustehen und daß sie daher verpflichtet sei, ihm und seinen Hinterbliebenen ein Ruhegehalt zu bezahlen. Im Juli 1933 habe der Kl. unter Vorlage eines Zeugnisses des praktischen Arztes Dr. G. seinen Rücktritt erklärt, der von der bekl. Partei angenommen sei. Im Nov. 1933 habe der Kl. zwei weitere ärztliche Zeugnisse vorgelegt, aus welchen sich ergeben habe, daß er seit Juli 1933 dienstunfähig sei. Die Bekl. macht geltend, der Kl. habe in der GenVers. v. 28. Juli 1933 seinen Rücktritt vorbehaltlos und bedingungslos erklärt. Er könne daher von diesem Zeitpunkt ab keinerlei Ansprüche mehr gegen die Bank erheben. Die Klage ist abgewiesen.

Der Kl. ist nach der Bekundung des Zeugen E. am Nachmittag desselben Tages, an dem die GenVers. stattgefunden hat, auf der Kanzlei des Zeugen erschienen, hat dort vorgebracht, er rechne in der Versammlung mit starken Angriffen gegen sich, und den Zeugen deshalb gebeten, bei der GenVers. ihn zu vertreten und seine Interessen wahrzunehmen. Der Zeuge hat sich in Ausführung dieses Auftrages bei der GenVers. eingefunden und, als Angriffe gegen den Kl. erhoben worden sind, in die Debatte eingegriffen und es durch seine Ausführungen tatsächlich erreicht, daß ein Umschwung zugunsten des Kl. in der Versammlung Platz gegriffen hat. Plötzlich, so fährt der Zeuge fort, sei der Kl. für ihn völlig unerwartet und überraschend aufgestanden und habe dem Sinne nach etwa folgendes erklärt: „Ich weiß, daß ihr mit mir nicht zufrieden seid, ich trete daher zurück." Der Zeuge hatte über dieses Auftreten des Kl. den Eindruck, daß dieser der Situation nach voreilig gehandelt und die Flinte zu früh ins Korn geworfen habe. Die Amtsniederlegung wurde von seiten der Bank angenommen, da unmittelbar im Anschluß an die Erklärung des Kl. ein neuer Vorstand gewählt worden ist. Mit der Amtsniederlegung hat der Kl. jeglichen Anspruch auf weitere Dienstentschädigung und auf Ruhegehalt verloren. Mit der Auflösung des Dienstverhältnisses kommen alle Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis in Wegfall.

Die Berufung des Kl. auf § 24 GenG. geht fehl, denn in dieser Gesetzesbestimmung handelt es sich um die Abberufung, also um die gegen den Willen des Vorstandes ausgesprochene Entfernung vom Amte, während hier eine freiwillige Niederlegung stattgefunden hat. Aber auch wenn man sich nicht auf den Standpunkt stellen wollte, daß der Kl. in der GenVers. v. 28. Juli 1933 sein Amt freiwillig niedergelegt und damit auf jegliche Dienstentschädigung und auf sein Ruhegehalt verzichtet habe, so würde doch der Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Zurückweisung der Berufung und die Abweisung der gestellten Klage rechtfertigen. Der Kl. ist mit Urteil der Jugendschutzkammer des LG. am 21. Mai 1938 wegen eines Verbrechens der versuchten Unzucht mit Männern und wegen zweier fortgesetzter Verbrechen der Unzucht mit Kindern zur Gesamtgefängnisstrafe von zwei Jahren verurteilt worden. (Wird ausgeführt.) Hätte die bekl. Partei von diesem Verhalten des Kl. bereits im Jahre 1933 Kenntnis erlangt, so hätte sie ihn zweifellos auf Grund des § 626 BGB. aus diesem Grunde fristlos entlassen. Zu diesem Schritte wäre sie schon im Interesse der Aufrechterhaltung ihres Rufes genötigt gewesen. Die fristlose Entlassung des Kl. hätte den Verlust jeglichen Entschädigungsanspruches nach sich gezogen. Es würde eine große Unbilligkeit bedeuten und gegen den Gesichtspunkt von Treu und Glauben sprechen, wollte man die bekl. Partei verpflichten, deshalb, weil sie erst jetzt von den Verfehlungen des Kl. Kenntnis erlangt hat, seine Ansprüche aus dem Vertrag, der schon 1933 zur Auflösung reif gewesen ist, noch zu erfüllen (RArbG. 14, 196). Schon dieser Gesichtspunkt muß zur Zurückweisung der Berufung und zur Abweisung der Klage des Kl. führen.

(OLG. München, 17. Sept. 1942, 6 U 70/41.)

*

**14. RG. — §§ 13, 42 Abs. 1 PatG. v. 5. Mai 1936; §§ 1, 7 VO. über das Berufungsverfahren beim RG. in Patentsachen v. 30. Sept. 1936. Vom BerKl. im Berufungsverfahren vor dem RG. nach Ablauf der Berufungsfrist bis zur mündlichen Verhandlung vorgebrachte neue Tatsachen und Beweismittel können zugelassen werden, wenn keine Verschleppung vorliegt.**

Die von der Kl. weiterhin entgegengehaltene britische Patentschrift ist zwar ebenso wie die amerikanische Patentschrift erst nach Ablauf der Berufungsfrist von der Kl. angeführt worden. Der Senat trägt jedoch keine Bedenken, diese beiden Patentschriften ebenso wie die erst im 2. Rechtszuge vorgelegten angeblich offenkundig vorbenutzten Schalter bei der Würdigung des Standes der Technik mitzuberücksichtigen. Wenn auch nach § 1 der VO. über das Berufungsverfahren beim RG. in Patentsachen v. 30. Sept. 1936 (RGBl. II, 316) die Berufungsschrift die Angabe der neuen Tatsachen und Beweismittel enthalten muß, die der BerKl. geltend machen will, so würde doch eine Handhabung der Vorschrift, wonach der BerKl. grundsätzlich und ohne Unterschied mit den nach Ablauf der Berufungsfrist beigebrachten Tatsachen und Beweismitteln ausgeschlossen würde, nicht sachdienlich sein. Sie würde vor allem auch nicht den Belangen des Bekl. entsprechen, da er damit rechnen müßte, daß im Falle seines Obsiegens die neuen Tatsachen den Anlaß zu einem neuen Nichtigkeitsverfahren bilden könnten. Deshalb hat auch die VO. im § 7, um einer Verschleppung des Verfahrens vorzubeugen, nur die Geltendmachung neuer Tatsachen und Beweismittel im Termin zur mündlichen Verhandlung gewissen Beschränkungen unterworfen. Im vorliegenden Falle hat sich jedoch die Kl. auf die beiden Patentschriften und die offenkundige Vorbenutzung weiterer Schalter noch vor Erstattung des schriftlichen Gutachtens durch den gerichtlichen Sachverständigen berufen, so daß eine unbillige Verzögerung des Verfahrens hierdurch nicht verursacht worden ist. Es würde daher einen ungerechtfertigten Formalismus bedeuten, wenn sie hier nicht der Entscheidung zugrunde gelegt werden dürften. Außerdem kann das Gericht nach § 7 Abs. 2 der VO. auch Tatsachen und Beweise berücksichtigen, mit denen die Parteien ausgeschlossen sind. Dies hängt mit der besonderen Art und dem Zweck des Nichtigkeitsverfahrens, das ein Amtsverfahren ist, zusammen. Dem steht nicht entgegen, daß es an sich im Interesse einer möglichst beschleunigten Durchführung des Verfahrens liegt, daß das neue tatsächliche Vorbringen schon in der Berufungsschrift enthalten sein sollte, zumal der BerKl. mit der Möglichkeit einer Ausschließung stets rechnen muß.

(RG., 1. ZivSen., U. v. 30. Okt. 1942, I 20/41.)

*

**15. RG. — §§ 1, 7 GebrMustG. Der Gebrauchsmusterinhaber kann im Verletzungsstreit einen über den Gegenstand des Gebrauchsmusters hinausgehenden Schutzumfang, der gleichbedeutend ist mit dem früher von ihm in Anspruch genommenen, aber in einem Löschungsverfahren rechtskräftig versagten Gegenstand des Gebrauchsmusters, nicht mehr geltend machen.**

(RG., I. ZivSen., U. v. 13. Okt. 1942, I 140/41.)

*

**16. RG. — §§ 15, 24, 25 WZG. Beim Zusammentreffen eines kraft Verkehrsdurchsetzung entstandenen sachlichen Rechts zum Gebrauch einer Bezeichnung und eines die gleiche Bezeichnung wiedergebenden jüngeren Warenzeichens kann dessen Inhaber dem Ausstattungsberechtigten den Gebrauch der Bezeichnung auch für gleichartige Waren zwar nicht untersagen. Er ist aber nicht verpflichtet, einer Eintragung der Bezeichnung als Warenzeichen auch für den Ausstattungsberechtigten zuzustimmen oder das Verzeichnis der ihm selbst geschützten Waren derart abzuändern, daß für die Annahme einer Gleichartigkeit kein Raum bleibt, wenn er selbst die Bezeichnung schon vor der Erlangung seines Warenzeichens und früher als der Ausstattungsberechtigte zur Kennzeichnung gleichartiger Waren benutzt hat. Seine Rechtsstellung wird insoweit auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß er mit einer auf ein älteres, gleichlautendes Warenzeichen gestützten Unterlassungsklage gegen den Ausstattungsberechtigten mit der unrichtigen Begründung rechtskräftig abgewiesen worden ist, die von diesem unter der beanstandeten Bezeichnung vertriebenen Waren seien den ihm geschützten nicht gleichartig.**

(RG., II. ZivSen., U. v. 12. Nov. 1942, II 61/42.) [He.]

*

**** 17. RG. — § 31 WZG.; § 1 UnlWG. Zur Frage der Verwechslungsgefahr zwischen dem bekannten „Bayer-Kreuz" und einem Zeichen, das in seinem in die Augen fallenden Teil zwar ebenfalls aus einem von einem Kreis umgebenen, in Kreuzform geschriebenen Worte besteht, dessen Wortteil aber keine Ähnlichkeit mit dem Namen „Bayer" aufweist. Unter Ablehnung einer Verwechslungsgefahr und damit eines aus §§ 15, 24, 25 WZG. herzuleitenden Unterlassungsanspruchs der Inhaberin des „Bayer-Kreuzes" wird dieser ein solcher jedoch unter dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbs zuerkannt, weil nach den besonderen Umständen des Falles die Gefahr einer „Verwässerung" des Klagezeichens besteht.**

Die Kl. ist die Rechtsnachfolgerin der Firma Farbenfabriken vorm. Friedr. Bayer & Co. in Elberfeld-Leverkusen. Diese bediente sich seit den ersten Jahren nach der Jahrhundertwende zur Kennzeichnung ihrer chemischen Erzeugnisse eines Zeichens, das aus einem von einer kreisförmigen Umrahmung umgebenen Kreuz besteht, welches sich ergibt, wenn das Wort „Bayer" senkrecht und waagerecht mit unter- und nebeneinandergestellten großen lateinischen Buchstaben und dem Buchstaben „Y" als gemeinsamem Mittelpunkt geschrieben wird. Als kreisförmige Umrahmung wurden eine einfache oder eine doppelte Kreislinie verwendet, letztere auch in der Weise, daß in das von den beiden Kreisen gebildete Band die Worte „Farbenfabriken vorm. Friedr. Bayer & Co., Elberfeld" eingefügt wurden. In dieser Gestalt wurde das Zeichen zufolge Anmeldung v. 13. Nov. 1903 unter der Nr. 65 777 in die Warenzeichenrolle eingetragen. Am 17. Juni 1929 wurde ferner für die Kl. auf ihre Anmeldung v. 21. März 1929 unter der Nr. 404 341 das beschriebene Zeichen in der Ausführung mit einer einfachen Kreislinie eingetragen, und zwar für Arzneimittel für Menschen und Tiere, chemische Produkte für medizinische und hygienische Zwecke, pharmazeutische Drogen und Präparate, Pflaster, Verbandstoffe, Tier- und Pflanzenvertilgungsmittel, Desinfektionsmittel und Konservierungsmittel für Lebensmittel. In dieser Form gelangte das Zeichen am 2. Sept. 1929 auf Antrag der Kl. auch zur internationalen Registrierung. Die Kl. verwendet das nur mit einem Kreis versehene, von ihr als „Bayer-Kreuz" bezeichnete Warenzeichen zu einer umfänglichen Werbung durch Lichtreklame, auf Werbedrucksachen und auf den Packungen ihrer Erzeugnisse. Sie bringt unter dem Zeichen neben zahlreichen anderen Waren auch Obstbaumspritzmittel, Unkrautvertilgungsmittel, Ungeziefervernichtungsmittel, Bodendesinfektionsmittel, Saatgutbeizmittel und Wachstumsförderungsmittel in den Handel. Von dem Standpunkt ausgehend, daß sich der Schutzbereich ihres Zeichens unerachtet des Wortes „Bayer" auf jede gewerbliche Kennzeichnung erstrecke, die in der Wiedergabe zweier in Kreuzform geschriebener, von einem Kreis umgebener Worte besteht, hat sich die Kl. in zahlreichen Fällen gegen den Gebrauch so gebildeter Bezeichnungen durch andere gewendet und dadurch erreicht, daß von ihrer Benutzung abgesehen wurde.

Die Bekl., eine seit dem Jahre 1799 bestehende Firma, betreibt Samenzucht und verkauft ihre Erzeugnisse an Wiederverkäufer. Ferner vertreibt sie Papierbeutel, die zur Aufnahme kleinerer Mengen von Samen bestimmt sind und auf denen in lebhaften Farben die aus den Sämereien zu erwartenden Pflanzen abgebildet sind. Für sie wurde zufolge Anmeldung v. 18. Juli 1930 am 27. Sept. 1930 unter der Nr. 423 788 ein Warenzeichen für Sämereien und Tüten für Samenpackungen eingetragen, das im unteren Teil eines aufrechtstehenden länglichen Rechtecks einen waagerechten Balken, links auf diesem im rechten Winkel stehend einen senkrechten Balken und

in der oberen rechten Ecke eine freischwebende ausgefüllte Kreisscheibe enthält, deren Durchmesser etwas größer ist als die Dicke der Balken. Auch dieses Zeichen ist seit dem 17. Nov. 1930 international registriert. Die Bekl. verwendete es in der Weise, daß sie den schwarzen waagerechten Balken etwa auf die Hälfte seiner Dicke ermäßigte, den senkrechten Balken in weit größerer Stärke in einer Farbe ausführte, die sich von der Farbe der daneben abgebildeten Pflanze nach Möglichkeit abhob, und daß sie in die Kreisscheibe durch Aussparung in weiß die in Kreuzform geschriebenen Worte „Naturgetreu" oder „Prima" einfügte. Die Kl. sah sich im Juni 1935 veranlaßt, bei der Bekl. wegen dieser ihr bekanntgewordenen Verwendung des Wortes „Prima" vorstellig zu werden und Abänderung der Kennzeichnung zu verlangen, da sie mit ihrem „Bayer-Kreuz" verwechselt werden könne. Die Bekl. widersprach dem, behielt sich aber eine endgültige Entschließung bis zur Entscheidung auf einen Antrag vor, mit dem sie die Eintragung ihres bisherigen Zeichens in der beanstandeten Form, also mit dem kreuzweise geschriebenen Worte „Prima" innerhalb der Kreisscheibe, begehrte. Die Eintragung dieses Zeichens wurde vom RPatA. durch Beschluß v. 22. April 1936 abgelehnt, weil das Wort „Prima" mit anderen Warenzeichen, wegen deren Widerspruch erhoben worden war, verwechselbar sei. Der Widerspruch der Kl. auf Grund ihres Zeichens Nr. 404341 wurde für unbegründet erklärt, weil es an der erforderlichen Warengleichartigkeit fehle. Im März 1937 kam die Kl. mit der Behauptung, die Bekl. habe ihr Zeichen mit dem gekreuzten Worte „Prima" in einer Kreisscheibe auch weiterhin benutzt, auf ihre frühere Beanstandung zurück. Die Bekl. stellte darauf den Gebrauch dieses Zeichens ein, meldete aber nunmehr am 2. April 1937 zwei Zeichen zur Eintragung an, die bei sonstiger Übereinstimmung mit ihrem Zeichen 423788 in der Kreisscheibe einmal das Wort „Modern", das andere Mal das Wort „Jothoho" (dieses gebildet aus den Anfangsbuchstaben ihrer Firma) in kreuzförmiger Schreibweise enthielten. Das zuletzt genannte Zeichen wurde am 5. Juni 1937 unter der Nr. 494134, das erstgenannte am 10. Juni 1937 unter der Nr. 494312, und zwar jedes für Sämereien sowie Tüten für Samenpackungen, eingetragen. Die Bekl. teilte der Kl. mit Schreiben v. 21. Juli 1937 mit, daß sie den gegen sie erhobenen Anspruch auf Unterlassung der weiteren Verwendung eines „Wortzeichens in Kreuzform" endgültig ablehne. Die Kl. erwiderte am 29. Juli 1937, daß sie an ihrem Standpunkt festhalte und sich weitere Schritte vorbehalte, falls die Bekl. mit den neuen Marken im Verkehr auftrete. Diese benutzt nunmehr im geschäftlichen Verkehr ihr Warenzeichen 494312 mit dem Worte „Prima" und nimmt dieses Recht auch für das „Jothoho"-Zeichen in Anspruch.

Die Kl. hat Ende 1938 Klage erhoben und beantragt:

1. der Bekl. die Verwendung in Kreuzform geschriebener und von einem Kreis umgebener Worte — insbesondere der Worte „Jothoho" und „Modern" —, zum Zwecke der Warenkennzeichnung unter Strafandrohung zu verbieten;
2. die Bekl. zur Bewilligung der Löschung ihrer Warenzeichen Nr. 494134 und 494312 zu verurteilen.

1. Soweit die Kl. ihre Ansprüche auf Warenzeichenrecht und Ausstattungsbesitz gründet, könnte sie damit nach §§ 15, 24, 25, 31 WZG. nur Erfolg haben, wenn die Bekl. der Kl. geschützte oder diesen gleichartige Waren widerrechtlich mit einer Herkunftsbezeichnung versähe und in den Verkehr brächte, deren Gebrauch kraft eines auf Eintragung oder Verkehrsanerkennung beruhenden Ausschließlichkeitsrechts der Kl. vorbehalten ist. Voraussetzung hierfür wäre mithin der Gebrauch einer Bezeichnung durch die Bekl., die mit dem der Kl. vorbehaltenen „Bayer-Kreuz" verwechselbar wäre, sowie ihre Verwendung für Erzeugnisse, die in den Bereich der dadurch geschützten Waren fallen. Das BG. hält keine der hiernach erforderlichen Voraussetzungen für gegeben. Es verneint sowohl das Bestehen einer Verwechslungsgefahr als auch die Gleichartigkeit der in Betracht kommenden Waren. Seine Entscheidung wäre, soweit sie der Kl. eine Berufung auf Warenzeichen- und Ausstattungsschutz versagt, begründet, wenn sie sich auch nur in einer dieser Beziehungen als zutreffend erwiese.

Das BG. geht davon aus, daß die Bekl. ihre Warenzeichen 494134 und 494312 nicht in der Form benutze, in der sie eingetragen sind, daß sie vielmehr durch die besondere Gestaltung der in ihnen enthaltenen beiden Balken nach Breite und Farbe, durch die teilweise Anbringung von Meßstrichen auf dem senkrechten Balken und die Einfügung eines in der Farbe abweichenden Pflanzenbildes zwischen diesem und der Kreisscheibe eine Anordnung verwende, bei der die Balken als Bestandteil des Zeichens nicht mehr hervorträten, der Zusammenhang zwischen ihnen und der Kreisscheibe für den Beschauer entfalle und nur noch letztere mit den gekreuzten Worten „Jothoho" oder „Modern" übrigbleibe. Es zieht demgemäß für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr mit dem Bayer-Kreuz auch nur die in den Zeichen der Bekl. enthaltene Kreisscheibe mit den genannten, in Kreuzform geschriebenen Worten heran und erblickt die für den Rechtsstreit entscheidende Frage darin, ob eine so gestaltete Kreisscheibe mit dem Bayer-Kreuz der Kl. verwechselt werden könne. Diese Auffassung unterliegt jedenfalls insoweit keinen rechtlichen Bedenken, als es sich um den mit dem Klagantrag 1 geltend gemachten Unterlassungsanspruch handelt. Denn die Kl. wendet sich damit nicht gegen die Zeichen der Bekl. in ihrer eingetragenen Form, sondern gegen ihre Benutzung in der vom BG. geschilderten Weise, bei der, wie dieses feststellt, das in Kreuzform geschriebene, von einem Kreis umrahmte Wort den Gesamteindruck bestimmt. Soweit die Rev. diese Betrachtungsweise auch bei der Beurteilung des Klaganspruchs 2 angewendet wissen will, weil auch bei den eingetragenen Zeichen der Bekl. lediglich die Kreisscheibe mit den in Kreuzform eingefügten Worten kennzeichnend sei, bedarf es vorerst keiner weiteren Stellungnahme hierzu. Das Vorbringen der Rev. wäre ohne weiteres gegenstandslos, wenn sich ergäbe, daß das BG. das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen einer so gestalteten Kreuzscheibe und dem Bayer-Kreuz mit Recht verneint hat.

Gegenüber dem Standpunkt der Kl., die Kennzeichnungskraft des Bayer-Kreuzes beruhe unerachtet des Namens „Bayer" auf der Verwendung einer in der Form eines Kreuzes geschriebenen, von einem Kreis umgebenen Buchstabenfolge, die nicht in jenem Namen zu bestehen brauche, es wirke also als Bildzeichen und unterliege der Gefahr, mit jeder anderen, in dieser Weise wiedergegebenen Buchstabenfolge verwechselt zu werden, vertritt das BG. die Auffassung, daß ein kreisumgebenes Buchstabenkreuz für sich allein nicht genüge, um die Erinnerung an das Bayer-Kreuz hervorzurufen, daß dieses vielmehr seine Eigenart dem Namen „Bayer" verdanke, insofern als Wortzeichen anzusehen sei, und daß es des Gebrauchs eines dem ähnlichen Worte bedürfe, um eine Verwechslungsgefahr zu begründen. Das BG. stützt sich hierbei auf den Erfahrungssatz, daß bei den aus Bild und Wort zusammengesetzten Zeichen in der Regel der Wortbestandteil überwiege, zumal wenn der Bildteil sich nicht durch besondere Wirksamkeit auszeichne. Es zieht weiter in Betracht, daß die Kl. selbst ihr Zeichen als „Bayer-Kreuz" bezeichne, also dem Namen Bayer ersichtlich ausschlaggebende Bedeutung für seine Kennzeichnungskraft beilege, und sieht seine Ansicht endlich dadurch bestätigt, daß auch nach den gutachtlichen Äußerungen der von ihm befragten Industrie- und Handelskammern der beteiligte Verkehr ganz überwiegend den Namen Bayer und nicht seine bildliche Wiedergabe in einem kreisumgebenen Buchstabenkreuz als herkunftskennzeichnendes Merkmal betrachte. Die Ausführungen, mit denen das BG. seine Auffassung begründet, mögen in einzelnen Punkten zu Bedenken Anlaß geben. Ein durchgreifender Rechtsirrtum, der die Richtigkeit des von ihm gewonnenen Ergebnisses in Frage stellen könnte, liegt ihnen jedoch nicht zugrunde.

Das BG. verkennt nicht, daß es sich bei dem Bayer-Kreuz der Kl. um ein aus Bild und Wort zusammengesetztes Zeichen handelt, dessen Unterscheidungsfähigkeit sich aus dem Gesamteindruck ergibt, den es beim Beschauer erweckt. Wodurch dieser begründet wird,

hängt von der Eigenart und Einprägsamkeit der Einzelheiten ab, aus denen das Zeichen besteht. Wie im Gesamtbild jeder Teil als solcher geeignet sein kann, als Herkunftsmerkmal zu wirken, wie ferner gegebenenfalls auch nur das Zeichen als Ganzes ein bestimmtes Erinnerungsbild zu vermitteln vermag, so kann ebenso ein Bestandteil allein im Gesamtbild dermaßen hervortreten, daß nur er den Gesamteindruck bestimmt. In der Rspr. ist anerkannt, daß bei einer Verbindung von Bild und Wort regelmäßig diesem eine für den Gesamteindruck überwiegende Bedeutung zukommt, weil sich der Verkehr vorzugsweise des Wortes zur Benennung des Zeichens und der Ware bedient. Das gilt insbesondere dann, wenn sich der Bildteil auf Darstellungen beschränkt, die infolge ihrer häufigen Verwendung im Verkehr der Eigenart entbehren und deshalb für sich allein nur geringe oder überhaupt keine Unterscheidungskraft besitzen. Wenn das BG. in Anwendung dieser Grundsätze die kennzeichnende Bedeutung des Bayer-Kreuzes allein seinem Wortbestandteil „Bayer“ zuschreiben zu müssen glaubt, so mag allerdings fraglich sein, ob es damit nicht den Bildteil des Zeichens in seiner Kennzeichnungskraft unterschätzt. Kreis und Kreuz mögen sowohl für sich allein wie auch miteinander verbunden im Verkehr nicht selten verwendet werden und wegen ihres häufigen Vorkommens der Allgemeinheit nur wenig über die Herkunft so bezeichneter Waren besagen. Immerhin unterscheidet sich aber das Kreuz im Zeichen der Kl. insofern von den sonst üblichen Darstellungen eines solchen, als es nicht aus fest umrissenen Linien, sondern aus einzelnen, neben- und untereinandergestellten Buchstaben gebildet wird, die erst in einer gedachten Zusammenfassung ein Kreuz ergeben. Wenn das BG. in anderem Zusammenhange hierauf eingeht, so trägt es der damit gegebenen Besonderheit doch insofern nicht genügend Rechnung, als es für die Bildwirkung des Bayer-Kreuzes nur auf die Kreuzform als solche, nicht auch auf ihre durch die Verwendung einer bloßen Buchstabenfolge begründete Eigenart abstellt. Es hätte wenigstens dazu Stellung nehmen müssen, ob auch eine solche Kreuzbildung dem Verkehr so geläufig sei, daß ihr jede Unterscheidungsfähigkeit mangele.

Aber selbst wenn sich hieraus Bedenken gegen die Ausführungen des BG. herleiten ließen, könnten diese nichts daran ändern, daß es, wie das BG. annimmt, für die Kennzeichnungskraft des Bayer-Kreuzes nicht allein auf dessen Bildwert ankommt, sondern daß insoweit auch der Name „Bayer“ wesentlich ins Gewicht fällt. Der Grundsatz, daß beim Zusammentreffen von Wort und Bild ersteres überwiege, mag einer Einschränkung bedürfen, wenn der Wortteil lediglich den Namen oder die Firma des Zeicheninhabers widergibt, zumal wenn es sich dabei um einen weit verbreiteten Familiennamen handelt. Denn der Verkehr unterscheidet in der Regel nicht nach dem Namen des Herstellers, sofern dieser nicht eine auf die Herkunft der Ware hindeutende Besonderheit aufweist, sondern hält sich eher an sonstige Merkmale zeichenmäßiger Kennzeichnung. Auch ein weitverbreiteter Personenname kann indessen die Gesamtwirkung eines zusammengesetzten Zeichens maßgebend beeinflussen, wenn er dem Verkehr als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen bekanntgeworden ist und deshalb die Aufmerksamkeit des Käufers auf sich lenkt. Das wird besonders dann der Fall sein, wenn der Zeicheninhaber selbst dazu beigetragen hat, den in seinem Zeichen enthaltenen Namen den beteiligten Kreisen als für die Herkunftskennzeichnung wesentlichen Bestandteil nahezubringen. Eine so begründete Verkehrsauffassung kann zur Folge haben, daß der Name auch bei sonst nur geringer Unterscheidungsfähigkeit schlagwortartige Bedeutung erlangt und für den Gesamteindruck des Zeichens in den Vordergrund tritt. Das BG. hält deshalb mit Recht für wesentlich, daß die Kl. ihr Zeichen bei der Werbung stets nur unter dem Namen „Bayer-Kreuz“ verwendet hat und verwendet. Sie bringt dadurch zum Ausdruck, daß sie die Kennzeichnungskraft ihres Zeichens keineswegs nur nach seinen bildlichen Bestandteilen beurteilt wissen wolle, sondern daß gerade auch der Name „Bayer“ ein hierfür wesentliches Merkmal darstelle. Das BU. bemerkt nicht ohne Grund, daß es andernfalls für die Kl. nahegelegen hätte, ihrem Zeichen eine Benennung zu geben, in der ausschließlich auf seine bildliche Gestaltung hingewiesen und der Name „Bayer“ als unerheblich beiseite gelassen wurde. Die Rev. muß selbst zugeben, daß eine so gebildete Bezeichnung der Kennzeichnungskraft ermangeln würde, weil jener Name aus dem Zeichen der Kl. nicht weggedacht werden könne. Soweit es dieser durch umfängliche Werbung gelungen ist, ihr Zeichen weithin bekanntzumachen, hat es unter der Bezeichnung „Bayer-Kreuz“ Verkehrsgeltung erlangt. Bildet deshalb gerade der Name „Bayer“ einen Bestandteil des Zeichens, ohne den es dem Publikum niemals entgegengetreten ist, so kann nicht ausbleiben, daß dieses eine bildlich nach Art des Bayer-Kreuzes gestaltete Warenbezeichnung trotz aller damit etwa gegebener Ähnlichkeit doch nur dann mit dem Zeichen der Kl. in gedankliche Verbindung bringen wird, wenn es hierzu durch den Namen Bayer oder ein ihm nahekommendes Wort angeregt wird. Dabei mag es, wie schon erwähnt, zu weit gehen, wenn das BG. die herkunftskennzeichende Eigenart des Bayer-Kreuzes ausschließlich in seinem Wortbestandteil „Bayer“ erblickt oder diesen gegenüber dem Bildteil zum mindesten so weit zurücktreten läßt, daß er für die Gesamtwirkung des Zeichens ausscheide. Der Name „Bayer“ tritt im Zeichen der Kl. stets nur in der Gestalt des von einem Kreis umgebenen Buchstabenkreuzes in die Erscheinung und bildet eine nach Wort und Bild untrennbare Einheit. Der dadurch vermittelte Eindruck umfaßt deshalb bei aller Bedeutung des Wortes notwendigerweise auch seine Darstellungsform und vermag sich von dieser nicht zu lösen. Das Zeichen wirkt in seiner Gesamtheit und schöpft seine Kennzeichnungskraft aus der Vereinigung von Wort und Bild. Auch dann wird aber der Gesamteindruck wesentlich durch den Namen „Bayer“ mitbestimmt. Der Verkehr wird nicht auf das ihm unter dem Bayer-Kreuz bekanntgewordene Unternehmen hingewiesen, wenn er auf ein Zeichen trifft, in dem jener Name fehlt. Hierfür spricht wesentlich auch der Standpunkt der Kl. selbst. Sie räumt ein, daß sich der Schutzumfang ihres Zeichens nicht auf Darstellungen erstrecke, bei denen ein in Kreuzform geschriebenes Wort ohne oder mit einer anderen als einer kreisförmigen, aus einer Linie bestehenden Umrahmung erscheine oder bei denen eine kreuzförmige, wenn auch von einer einfachen Kreislinie umgebene Buchstabenfolge durch Striche begrenzt werde, so daß ein Balkenkreuz entstehe. Daraus ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß die Bildwirkung des „Bayer-Kreuzes“ allein, die derjenigen solcher, auch nach Ansicht der Kl. damit nicht verwechselbarer Abwandlungen außerordentlich nahekommt, für die Auffassung des Verkehrs nicht entscheidend sein kann, daß hierfür vielmehr wesentlich auch der Name „Bayer“ ins Gewicht fällt. Dem BG. ist deshalb jedenfalls im Ergebnis beizupflichten, wenn es den Standpunkt der Kl., es komme für die Unterscheidungsfähigkeit ihres Zeichens nur auf das kreisumgebene Buchstabenkreuz und nicht auf das Wort „Bayer“ an, ablehnt. Der Name Bayer kann aus dem Zeichen der Kl. nicht weggedacht werden, ohne daß dieses seiner Kennzeichnungskraft beraubt wird.

Erweist sich hiernach die Ansicht des BG. die Kennzeichnungskraft des Bayer-Kreuzes beruhe wesentlich mit auf dem Namen Bayer und werde nicht allein schon durch die Bildwirkung begründet, als zutreffend, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß für die Gefahr einer Verwechslung der Zeichen der Bekl. mit dem Bayer-Kreuz kein Raum bleibt. Denn in ihnen fehlt ein Wort, das geeignet sein könnte, die Erinnerung an jenen Namen wachzurufen. Die Worte „Modern“ und „Jothoho“ sind von ihm nach Bild und Klang völlig verschieden und schließen die Möglichkeit, zu ihm in Beziehung gebracht zu werden, aus. Die bildliche Übereinstimmung der Zeichen, die sich aus der kreuzförmigen Anordnung einer von einem Kreis umgebenen Buchstabenfolge ergibt, genügt nach dem vorher Ausgeführten nicht, um die Gefahr einer Verwechslung entstehen zu lassen. Es bedarf im übrigen keines weiteren Eingehens darauf, ob die Erwägungen, mit denen das BG. zur Frage der Verwechslungsgefahr Stellung nimmt, der rechtlichen Bedeutung dieses Begriffs allenthalben gerecht werden.

Soweit die Rev. hiergegen Bedenken erhebt, können diese jedenfalls nicht zur Folge haben, daß deswegen das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr, wenn auch nur im weiteren Sinne, zu bejahen wäre.

Mit der Verneinung der Verwechslungsgefahr ist den Ansprüchen der Klage der Boden entzogen, soweit sie auf warenzeichenrechtlicher Grundlage und auf Grund Ausstattungsbesitzes erhoben werden. Denn im einen wie im anderen Falle wäre Voraussetzung, daß die Bekl. durch den Gebrauch einer verwechselbaren Warenbezeichnung in den der Kl. kraft förmlichen oder sachlichen Rechts zustehenden Schutzbereich eingreift. Da dies nicht der Fall ist, erübrigt sich ein Eingehen darauf, ob die Ausführungen des BG. auch insoweit einer rechtlichen Nachprüfung standhalten, als es der Kl. einen Warenzeichen- und Ausstattungsschutz auch deshalb versagt, weil die in Betracht kommenden Waren nicht gleichartig seien.

2. Scheitert hiernach das Klagebegehren, soweit es auf Warenzeichen- und Ausstattungsschutz gestützt ist, am Fehlen einer Verwechslungsgefahr, so schließt dies nicht aus, daß es sich aus anderen Gesichtspunkten als begründet erweist. Das BG. hat zwar mit Recht eine Anwendbarkeit des § 12 BGB. abgelehnt, da bei der völligen Verschiedenheit der Worte „Modern" und „Jothoho" vom Namen „Bayer" von einer Verletzung dieses Namens in der Tat keine Rede sein kann. Ihm kann aber nicht gefolgt werden, soweit es auch Bedenken trägt, im Verhalten der Bekl. einen Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs zu erblicken. Das Zeichen der Kl. genießt, wie das BG. feststellt, bereits seit Jahrzehnten Weltgeltung. Es hat sich kraft langen Gebrauchs und umfassender Werbung in stärkstem Maße als Kennzeichen für das Unternehmen der Kl. durchgesetzt, gilt dem Verkehr als Merkmal für die Güte der unter ihm im Handel erscheinenden Erzeugnisse und bildet damit eine wertvolle Stütze für den Ruf der Kl. Nicht nur diese hat deshalb ein berechtigtes Interesse daran, die Werbekraft ihres Zeichens ungeschmälert erhalten zu sehen, sondern es entspricht auch einem im Wohle der Volksgesamtheit und in den Belangen der Allgemeinwirtschaft begründeten Gebot, daß der in ihm verkörperte wirtschaftliche Wert keine Einbuße erleide. Das wäre aber der Fall, wenn es der Bekl. gelänge, die von dem Zeichen ausgehende Werbewirkung abzuschwächen, sie eigenen Zwecken dienstbar zu machen und auf Erzeugnisse abzuleiten, die mit dem Unternehmen der Kl. nichts zu tun haben. Dazu bedarf es weder in jedem Falle der Übernahme des Zeichens in einer Form, welche die Gefahr einer Verwechslung mit sich bringt, noch seiner Verwendung für Waren, die denen der Kl. im Sinne zeichenrechtlicher Gleichartigkeit nahestehen. Auch ein dieser Merkmale entbehrendes Verhalten kann genügen, um der Allgemeingeltung des Zeichens Eintrag zu tun.

Das BG., das den Sachverhalt auch unter diesen Gesichtspunkten geprüft hat, verkennt nicht, daß sich die Zeichen der Bekl. dem Bayer-Kreuz insofern annähern, als sie mit ihm in ihrer bildlichen Gestaltung, dem kreisumgebenen Buchstabenkreuz, weitgehend übereinstimmen. Es legt diesem Umstand jedoch deshalb kein Gewicht bei, weil es die dadurch begründete Ähnlichkeit für zu unerheblich hält, als daß sie die Wirkung des Bayer-Kreuzes irgendwie beeinflussen könnte. Es mag dahinstehen, wie weit diese Ansicht des BG. seiner Auffassung entspringt, der Bildteil des Bayer-Kreuzes habe, als Verbindung zweier im Verkehr überaus häufig verwendeter Bildzeichen, für die Gesamtwirkung des Zeichens keinerlei Bedeutung. Auf die Bedenken, die sich hiergegen möglicherweise daraus ergeben, daß die Bildung eines Kreuzes lediglich aus aneinandergereihten Buchstaben von der sonst gebräuchlichen Darstellung immerhin abweicht, ist schon oben hingewiesen worden. Auch das BG. vermag sich der Möglichkeit, daß der Verkehr in der Bildform der beanstandeten Zeichen einen Anklang an das Bayer-Kreuz finde, offenbar nicht völlig zu verschließen. Es wird aber dem wettbewerblichen Tatbestand nicht gerecht, wenn es diese, nach seiner Meinung fernliegende Möglichkeit nur für sich allein und nicht im Zusammenhange mit den sonstigen Umständen würdigt, unter denen die Bekl. von ihren Zeichen Gebrauch macht. Selbst wenn, wie das BG. annimmt, die von ihr unter diesen Zeichen vertriebenen Waren — Sämereien und Samentüten — den hier in Betracht kommenden Erzeugnissen der Kl. — Pflanzen- und Unkrautvertilgungsmitteln sowie Pflanzentreibmitteln — nicht gleichartig sind, stehen sie mit ihnen doch insofern in Berührung, als sie unstreitig in denselben Verkaufsstätten feilgeboten werden. Das mag, wie dem BG. zuzugeben ist, bei der für jedermann erkennbaren gänzlichen Verschiedenheit der Herstellungsweisen und Erzeugungsstätten nicht genügen, um die Annahme einer Warengleichartigkeit zu rechtfertigen. Es hat aber zur Folge, daß sich die mit dem kreisumgebenen Buchstabenkreuz versehenen Waren der Parteien räumlich begegnen und damit Anlaß bieten, daß die auf ihnen befindlichen Zeichen von einer und derselben Käuferschicht unter den nämlichen Verhältnissen wahrgenommen werden. Auch ohne daß deswegen Verwechslungen hinsichtlich der Herkunft der Waren vorzukommen brauchen, erwächst daraus die Gefahr, daß der Käufer, durch die bildliche Ähnlichkeit veranlaßt, auch für die Erzeugnisse der Bekl. Vorstellungen Raum gewährt, die er mit den ihm bekannten Bayer-Erzeugnissen verbindet. Er kann andererseits, gerade wenn er sich der Verschiedenheit der Zeichen voll bewußt ist, durch das Vorkommen eines in seiner Bildwirkung immerhin ähnlichen Zeichens auf einem nicht fernliegenden Warengebiet in seiner Meinung von der Einmaligkeit und überragenden Stellung des Bayer-Kreuzes schwankend werden. Jedenfalls kann das gleichzeitige Auftreten der beiden, wenn auch nur in Teilen ähnlichen Zeichen zur Folge haben, daß im Verkehr Unsicherheit über den ihnen zukommenden Schutzbereich entsteht und die Kennzeichnungskraft des älteren und deshalb besser berechtigten Zeichens der Kl. leidet. Der damit gegebene Begriff der „Verwässerungsgefahr" ist entgegen der Ansicht des BG. keineswegs so unbestimmt und unabgrenzbar, daß er sich einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung entzöge. Die Rspr. hat sich seiner bei Anwendung des § 1 UnlWG. (wie auch des § 826 BGB.) regelmäßig dann bedient, wenn es sich um eine Annäherung an fremde Kennzeichnungsmittel handelte, die, ohne als eigentliche Verletzung eines Ausschließlichkeitsrechts angesehen werden zu können, die Gefahr einer Schmälerung der Werbekraft jener Mittel in sich barg (vgl. z. B. RGZ. 108, 272; 109, 213; 114, 90; 115, 401; MuW. 1931, 517; GRUR. 1937, 461). Das die Unlauterkeit begründende Merkmal liegt hierbei darin, daß derjenige, der sich durch Anpassung seiner Warenbezeichnung an ein allgemein bekanntes fremdes Kennzeichnungsmittel dessen Werbewirkung zu eigen macht, in einen ohne sein Zutun entstandenen fremden wettbewerblichen Besitzstand eingreift und diesen gefährdet. Die Bekl. muß sich den Vorwurf, durch ihr Vorgehen der allgemeinen Wettbewerbsordnung zuwidergehandelt zu haben, um so mehr entgegenhalten lassen, als sie bei der Aufnahme ihrer Zeichen keinen erkennbaren Grund hatte, an der von der Kl. bereits beanstandeten Verwendung eines von einem Kreis umgebenen Wortkreuzes festzuhalten. Sie hätte ebensogut eine in ihrer Werbewirkung kaum weniger eindrucksvolle Gestaltung wählen können, wie sie die Kl. selbst als unbedenklich bezeichnet. Da ihr die wettbewerbliche Bedeutung des Bayer-Kreuzes schon damals ebenso bekannt war, wie das Bestreben der Kl., sich ihre Rechte daran zu wahren, war es für sie nicht, wie das BG. meint, lediglich eine Frage kaufmännischer Zweckmäßigkeit, ob sie sich dem Verlangen der Kl. füge. Guter kaufmännischer Sitte hätte vielmehr entsprochen, wenn sie im Bewußtsein der gegen sie sprechenden Umstände von ihrem Vorhaben Abstand genommen und damit auch den Anschein vermieden hätte, als wolle sie aus einem fremden Werbeerfolg Nutzen ziehen. Es ist verfehlt, wenn das BG. der Kl. die Beweislast dafür auferlegt, durch welche Beweggründe sich die Bekl. zu ihrem Verhalten habe bestimmen lassen. Es genügt für das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 1 UnlWG., wenn die Umstände des Falles das Vorgehen der Bekl. sachlich als wettbewerbsfremd erscheinen lassen und die Bekl. sich dieser Umstände bewußt gewesen ist. Dies nach dem vom BG. festgestellten Sachverhalt anzunehmen, trägt das RevG. kein Bedenken.

Auf den Gesichtspunkt der Verwirkung, die sie der Kl.

entgegenhält, kann sich die Bekl. nicht berufen. Wenn sie, wie sie behauptet, besonders in den Jahren 1935 bis 1940 mit ihren von einem Kreis umgebenen Wortzeichen in Kreuzform im Verkehr bekanntgeworden ist und so einen wertvollen Besitzstand erlangt hat, so war ihr doch auch bereits seit dem Juni 1935 bekannt, daß die Kl. eine derartige Warenbezeichnung mißbillige. Sie handelte auf eigene Gefahr, wenn sie der Aufforderung der Kl., den Gebrauch solcher Bezeichnungen zu unterlassen, nicht nachkam, und kann nicht in Anspruch nehmen, daß sie mit deren Einverständnis habe rechnen können.

Damit erweist sich das Klagebegehren unter dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbs in vollem Umfang als gerechtfertigt. Auch der mit dem Klageantrag 2 geltend gemachte Anspruch auf Abgabe einer Löschungsbewilligung hat in der sich aus § 1 UnlWG. i. Verb. m. § 1004 BGB. ergebenden Verpflichtung der Bekl. zur Beseitigung der Beeinträchtigung seine rechtliche Grundlage. Das angefochtene Urteil kann deshalb nicht bei Bestand bleiben. Es war vielmehr aufzuheben und, da die Sache zur Endentsch. reif ist, nach § 565 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. im Sinne der Klage zu erkennen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 31. Okt. 1942, II 57/42.) [He.]

*

**18. RG. — §§ 1, 3 UnlWG.; §§ 24, 25 WZG.; §§ 823, 826 BGB. „Pigodent" ist nicht verwechselbar mit „Kukident". Die Schlußsilbe „dent" ist ein Hinweis auf den Bestimmungszweck der angepriesenen Mittel, also eine Eigenschaftsangabe, nicht aber ein Hinweis auf eine bestimmte Hersteller- oder Verkaufsfirma.**

Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit den Verbrauchern die Herkunft der Silbe „dent" aus dem Lateinischen als Stamm des Wortes „dens" (Zahn) bekannt ist. Denn das Wort für Zahn in den romanischen Kultur- und Weltverkehrssprachen hat den gleichen Stamm und lautet fast genau so (französisch: dent, italienisch: dente, spanisch: diente, portugiesisch: dente). Außerdem gibt es auch im Deutschen Wörter, die von dem lateinischen Wortstamm „dent" abgeleitet und allgemein gebräuchlich sind. So hebt das BG. mit Recht hervor, daß wohl jeder Verbraucher die Bezeichnung Dentist kenne und wisse, daß es sich hierbei um einen Zahnheilkundigen handele. Auch der Titel Dr. med. dent. für den Zahnarzt findet sich häufig. Es sei hierbei bemerkt, daß die weitaus größte Zahl der Verbraucher des Mittels aus Personen besteht, die ein künstliches Gebiß tragen, also bei Zahnheilkundigen in Behandlung waren. Auch Verbindungen mit dem von dem Stamm „dent" hergeleiteten Eigenschaftswort „dental" sind im Deutschen nicht ungebräuchlich. So bezeichnet sich eine im Wettbewerb mit der Kl. stehende Firma als Dental-Fabrik. Der Senat hat in einem Rechtsstreit der Kl. gegen diese Wettbewerberin ausgeführt, die Bezeichnung „dental" weise lediglich auf die Art der hergestellten Erzeugnisse hin, und eine Dental-Fabrik sei danach eine Fabrik, die sich mit der Herstellung von Erzeugnissen befasse, die der Ausübung der Zahnheilkunde oder der Zahnpflege dienten (Urteil v. 23. März 1942, II 102/41). Die beschreibende Bedeutung, die der Silbe „dent" im geschäftlichen Verkehr beizumessen ist, kommt auch darin zum Ausdruck, daß noch andere Mittel, die für Behandlung oder Pflege von Zähnen bestimmt sind — auch soweit es sich nicht um solche handelt, die nur in zahnärztlichen Kreisen bekannt sind —, eine Bezeichnung tragen, in der die Silbe „dent" enthalten ist, mögen die betreffenden Zeichen auch, wie die Kl. behauptet, wegen Nichtbenutzung im Verkehr der Masse der Verbraucher unbekannt geblieben sein.

Es mag hier dahinstehen, ob etwa im Hinblick auf den beschreibenden Charakter der Silbe „dent" diese bei der Prüfung der Verwechselungsfrage außer Rücksicht zu bleiben hätte (vgl. wegen der Silbe „med." Urteil des RG. v. 12. Febr. 1935, II 54/35: GRUR 1935, 510 ff., insbesondere 513). Denn jedenfalls ist die Silbe „dent" als solche in keiner Weise für eine Herkunft aus dem Unternehmen der Kl. kennzeichnend und könnte, wie das BG. zutreffend bemerkt, für den Gesamteindruck höchstens dann von Bedeutung sein, wenn durch diese Silbe bei einer Ähnlichkeit der anderen Wortbestandteile eine Verwechselungsgefahr hinsichtlich des Gesamteindruckes verstärkt würde. Wie sich schon aus dieser Ausführung des BU. ergibt, erhebt die Rev. unbegründeterweise den Vorwurf, das BG. habe angenommen, die Silbe „dent" habe bei der Vergleichung der Bezeichnung „Kukident" und „Pigodent" überhaupt auszuscheiden. Das BG. läßt sie vielmehr lediglich, weil sie Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe und „ohne besondere Kennzeichnungskraft" sei, in den Hintergrund treten und legt mit Recht das Hauptgewicht zunächst darauf, ob die anderen Wortbestandteile „Kuki" und „Pigo" nach Klang, Bild oder Sinn zu einer Verwechselung Anlaß geben können. Eine solche Verwechselungsgefahr verneint es mit Recht.

(RG., II. ZivSen., U. v. 12. Okt. 1942, II 85/42.) [He.]

*

**** 19. RG. — § 4 Abs. 1 der 1. DurchfVO. über die Einführung der Reichsmarkwährung im Gebiete der Freien Stadt Danzig v. 7. Sept. 1939 (RGBl. I, 1691); § 2 VO. über die Währungsumstellung von Schuldverhältnissen in den in das Deutsche Reich eingegliederten Ostgebieten usw. v. 14. Juni 1940 (RGBl. I, 1527). Hängt bei der Umstellung einer auf Danziger Gulden lautenden Forderung in Reichsmark die Anwendung des höheren Umrechnungssatzes von 70 Rpf. für 1 Gulden von der Inländereigenschaft des Gläubigers ab, so ist, wenn der Vorteil daraus nicht dem inländischen Gläubiger, sondern ausländischen Berechtigten zugute kommen würde, der für ausländische Gläubiger zuständige geringere Umrechnungssatz maßgebend. Das gilt insbesondere, wenn die Guldenforderung von einem Ausländer an einen Inländer zur Sicherheit abgetreten ist und die gesicherten Ansprüche bereits bei Anwendung des geringeren Umrechnungssatzes voll gedeckt sind.**

Im Grundbuche der dem Kl. gehörigen Grundstücke in Danzig war für den jüdischen Kaufmann A. eine Darlehnsbriefhypothek von 150000 Danziger Gulden eingetragen, deren persönlicher Schuldner der Kl. war. A. trat die Hypothek am 6. Nov. 1937, ohne daß dies im Grundbuch eingetragen wurde, an die Bekl. ab, die ihm in laufender Geschäftsverbindung Kredit gewährte. Im Dez. 1938 trat A. den ihm nach den Vereinbarungen mit der Bekl. zustehenden Anspruch auf Rückübertragung der Hypothek an die Holländische K.bank in Amsterdam ab. Im Aug. 1939 verließ er Danzig, wurde mit Wirkung vom 1. Febr. 1940 zum Devisenausländer erklärt und befindet sich jetzt in Amerika. Am 1. Nov. 1940 wurde die Hypothek von dem Kl. in Reichsmark ausgezahlt. Da unter den Parteien streitig war, ob der ursprünglich geschuldete Guldenbetrag zum Kurse von 70 *Rpf* oder von 47,10 *Rpf* für einen Gulden umzurechnen sei, erhielt die Bekl. nur 70650 *RM*, während ein weiterer Betrag von 34350 *RM* auf einem Gemeinschaftskonto beider Parteien bei einer Danziger Bank mit der Bestimmung eingezahlt wurde, daß der Verfügungsberechtigte durch gerichtliche Entsch. festgestellt werden solle. Die Hypothek ist im Grundbuche gelöscht. Die Schuld des A. bei der Bekl. betrug am 1. Sept. 1939 rund 58000 Gulden, Ende Juni 1940 rund 30000 Gulden.

Mit der Klage verlangt der Kl. die Einwilligung der Bekl. in die Auszahlung eines Teilbetrages von 10100 *RM* des erwähnten Gemeinschaftskontos an sich mit der Behauptung, die Hypothek sei an die Bekl. nur zum Inkasso abgetreten worden, so daß der Umrechnungskurs nach der Person des A. oder der K.bank beurteilt werden müsse und demgemäß nach den ergangenen Vorschriften 47,10 *Rpf* für einen Gulden betrage. Demgegenüber hat die Bekl. geltend gemacht, die Hypothek sei ihr zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen A. aus der laufenden Geschäftsverbindung abgetreten worden, so daß sie die vollen Gläubigerrechte erworben habe; der Umrechnungskurs richte sich deshalb nach ihrer Person, wenn sie auch den streitigen Betrag zu ihrer Befriedigung nicht mehr benötige, sondern gegebenenfalls an A. oder die K.bank abführen müsse. Im übrigen sei A. im Sept. 1939 noch Inländer gewesen, so daß, auch wenn man auf seine Person abstelle, ein Umrechnungskurs von 70 *Rpf* gerechtfertigt sei. Das LG. hat die Bekl. verurteilt. Berufung und Rev. waren erfolglos.

Der Streit der Parteien geht darum, ob die Bekl. berechtigt war, die Auszahlung der streitigen Guldenhypothek in Reichsmark vom Kl. nach einem Umrechnungs-

kurse von 70 *Rpf* für 1 Gulden zu verlangen oder nur nach einem solchen von 47,10 *Rpf*. Die dafür maßgebenden Vorschriften sind einmal in der 1. DurchfVO. über die Einführung der Reichsmarkwährung im Gebiet der Freien Stadt Danzig v. 7. Sept. 1939 (RGBl. I, 1691) enthalten, die im Anschluß an die Heimkehr Danzigs ins Reich erging, ferner in der nach Wiedereingliederung der übrigen Ostgebiete erlassenen VO. über die Währungsumstellung von Schuldverhältnissen in den in das Deutsche Reich eingegliederten Ostgebieten usw. v. 14. Juni 1940 (RGBl. I, 873), schließlich in der 3. DurchfVO. über die Einführung der Reichsmarkwährung in dem Gebiet der bisherigen Freien Stadt Danzig v. 22. Nov. 1940 (RGBl. I, 1527). § 4 Abs. 1 der erstgenannten VO. bestimmt, daß alle auf Danziger Gulden lautenden Schuldverhältnisse zwischen Inländern, soweit sie am 1. Sept. 1939 bestanden haben, zum Kurse von 70 *Rpf* für 1 Gulden auf Reichsmark umgestellt werden. Inländer sind nach § 2 Personen, die ihren Wohnsitz (Sitz) oder gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb des Deutschen Reiches einschließlich des Gebiets der bisherigen Stadt Danzig haben. Der gleichen Umwandlung unterliegen nach § 5 auch die auf eine Geldleistung gerichteten dinglichen Belastungen der Grundstücke. In Ergänzung dieser Vorschriften ordnet § 2 VO. v. Juni 1940 (vgl. auch § 1 Abs. 5) für Schuldverhältnisse in Gulden, die danach noch nicht umgestellt waren, die Umstellung in Reichsmark an, wenn sie am 1. Sept. 1939 bestanden haben und wenn am 16. Juni 1940 Gläubiger und Schuldner Inländer sind oder der Gläubiger Inländer und die Forderung an einem inländischen Grundstück dinglich gesichert ist, und zwar bei dinglicher Sicherung an einem Grundstück im Gebiete der bisherigen Freien Stadt Danzig zum Umrechnungskurse von 70 *Rpf* für 1 Gulden, sonst von 50 *Rpf*, und bestimmt weiter, daß der Gulden in nicht umgestellten Schuldverhältnissen, wenn der Gläubiger oder der Schuldner am 16. Juni 1940 seinen Wohnsitz (Sitz) in den besetzten polnischen Gebieten hat, mit 50 *Rpf*, wenn im sonstigen Auslande, mit 47,10 *Rpf* zu bewerten ist. Im Einklang hiermit wird im § 1 VO. vom 22. Nov. 1940 für die dort angeordnete Umstellung aller im Inlande dinglich gesicherten, noch auf Danziger Gulden laufenden Forderungen ausländischer Gläubiger auf Reichsmark wiederum ein Kurs von 50 *Rpf* vorgeschrieben, wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz (Sitz) in den besetzten polnischen Gebieten hatte, und von 47,10 *Rpf* in sonstigen Fällen. Ein Gläubiger, der die Inländereigenschaft nach dem 1. Sept. 1939 verloren hat, kann den Umrechnungssatz der VO. v. 7. Sept. 1939 nach deren § 4 Abs. 1 Satz 2 nicht für sich in Anspruch nehmen. Diese Vorschrift ist jedoch gem. § 2 Abs. 5 VO. v. 14. Juni 1940 auf Gläubiger, die ihre Inländereigenschaft erst nach dem 15. Juni 1940 verlieren, nicht anwendbar.

Im vorl. Falle ist die Inländereigenschaft des Kl. und der Bekl. während der ganzen in Frage kommenden Zeit unstreitig, so daß, wenn die Gläubigerseite der Hypothekenforderung nach der Person der Bekl. zu beurteilen wäre, die Umrechnung nach dem Satze von 70 *Rpf* für 1 Gulden gem. §§ 4, 5 VO. v. 7. Sept. 1939 außer Zweifel stünde. Der BerR. will den Umrechnungssatz aber nicht auf die Person der Bekl. als Gläubigerin abstellen, sondern auf die Person des früheren Gläubigers A., der seine Inländereigenschaft nach der Feststellung des BU. spätestens am 1. Febr. 1940 verloren hatte, oder auf die der holländischen K.bank, an die A. seine Ansprüche gegen die Bekl. wegen der Hypothek abgetreten hat. In diesem Falle muß sich die Umrechnung des Guldenbetrages auf Grund der angeführten Vorschriften — insbes. des § 2 Abs. 6b VO. v. 14. Juni 1940 und des § 1 VO. v. 22. Nov. 1940 — nach dem geringsten Satze von 47,10 *Rpf* richten. Das gilt auch dann, wenn A. im Sept. 1939 noch Inländer gewesen sein sollte. Die Ansicht der Rev., § 4 Abs. 1 Satz 2 VO. v. 7. Sept. 1939 habe nur einen Verlust der Inländereigenschaft in der Zeit v. 1. Sept., dem zurückdatierten Zeitpunkte des Inkrafttretens dieser VO., bis zu ihrer Verkündung am 7. Sept. 1939 im Auge, ist nicht haltbar. Vielmehr wird durch § 2 Abs. 5 VO. v. 14. Juni 1940 klargestellt, daß auch ein späterer Verlust der Inländereigenschaft bis zum 16. Juni 1940 dem Gläubiger das Recht auf den höheren Umrechnungssatz nimmt.

Die Gläubigerschaft der Bekl. an der Hypothekenforderung beruht auf der Abtretung v. 6. Nov. 1937, die unstreitig zu treuen Händen erfolgt ist. Die Parteien streiten darüber, ob es sich dabei gemäß der Behauptung der Bekl. um eine Sicherungsabtretung handelt oder aber, wie die Kl. geltend gemacht hat, um eine bloße Inkassoabtretung. Der BerR. unterstellt zugunsten der Bekl. das Bestehen einer Sicherungsabtretung, die der Bekl. nach außen hin die volle Gläubigerstellung verschaffte und sie lediglich im Innenverhältnisse dem Abtretenden gegenüber persönlich verpflichtete, von dem Gläubigerrecht nur einen dem Sicherungszweck entsprechenden Gebrauch zu machen und die abgetretene Forderung oder ihren Erlös nach Erreichung dieses Zweckes an jenen zurückzuübertragen. Er verweist aber darauf, daß die Bekl., die für ihre Forderungen an A. bereits bei einer Umrechnung mit 47,10 *Rpf* voll gedeckt sei, nach ihrer eigenen Erklärung den bei einer höheren Umrechnung sich ergebenden Überschuß ganz an A. — oder nach der Beschlagnahme seines Vermögens an den seine Rechte wahrnehmenden Judenkommissar beim Reichsstatthalter in Danzig — oder an die K.bank abführen müsse, der Mehrbetrag also nicht ihr, sondern ausschließlich den genannten Ausländern zugute kommen würde, und vertritt die Ansicht, unter solchen Umständen sei eine auf die Person der Bekl. abgestellte Umrechnung als dem Sinn und Zweck der angeführten VO. zuwiderlaufend unstatthaft. Diese Beurteilung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Im Hinblick darauf, daß der geringere Umrechnungssatz von 47,10 *Rpf* für 1 Gulden dem Börsenkurse des Danziger Guldens entsprach, bedeutete die Umrechnung zum Satze von 70 *Rpf*, die damals der tatsächlichen Kaufkraft des Guldens in Danzig Rechnung trug, einerseits eine Belastung der Danziger Schuldner, die für sie aber wegen der durch die Eingliederung in das Reich zu erwartenden Vorteile in beschränktem Umfange tragbar erschien, anderseits für die Gläubiger eine Bevorzugung, die naturgemäß nur dem Inlande gewährt werden konnte. Nur inländischen Gläubigern durfte also diese Vergünstigung zugute kommen, während Ausländer sich nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers mit einem dem Börsenkurse entsprechenden Umrechnungssatz begnügen sollten. Eine Ausnahme ist in dem mehrfach erwähnten § 2 Abs. 5 VO. v. 14. Juni 1940 im Interesse der Sicherheit des Verkehrs nur insofern zugelassen, als derjenige Gläubiger, der beim Inkrafttreten der genannten VO. am 16. Juni 1940 noch Inländer war, die Inländereigenschaft aber später verlor, die Umrechnung seiner Guldenforderung gleichwohl zu dem — im übrigen begründeten — höheren Umrechnungssatze soll verlangen dürfen. Es würde danach in der Tat dem klaren Sinne der gesetzlichen Regelung, wie sie in den genannten VO. getroffen ist, zuwiderlaufen, wollte man in einem Falle, in dem zwar nach außen hin ein Inländer Gläubiger der umzustellenden Guldenforderung ist, der Vorteil des höheren Umrechnungssatzes aber nach den vorl. besonderen Verhältnissen wirtschaftlich allein ausländischen Berechtigten zufließen würde, trotzdem nach dem Wortlaut des Gesetzes die Person des Gläubigers für den Umrechnungssatz maßgebend sein lassen. Vielmehr erscheint es dann, auch wenn eine Gesetzesumgehung nicht vorliegt, geboten, auf die Person der Hintermänner abzustellen, die allein an dem höheren Umrechnungssatze interessiert sind. Ein solcher Fall ist aber hier gegeben, wo der Bekl. auf Grund der Sicherungsabtretung der Hypothekenforderung an sie zwar im Verhältnis zum Kl. die volle Gläubigerstellung zukommt, sie selbst aber wirtschaftlich an der höheren Umrechnung der Guldenforderung kein Interesse hat, weil sie wegen ihrer Ansprüche bereits bei dem geringeren Umrechnungssatze voll gedeckt ist, der Vorteil daraus vielmehr lediglich dem emigrierten früheren Gläubiger A. oder der K.bank zufallen würde. Die Gläubigerstellung der Bekl. wird dadurch, daß bei der Umrechnung auf die wirtschaftlich allein interessierten Ausländer abgestellt wird, nicht angetastet; noch weniger handelt es sich dabei (anders als in RGZ. 102, 386 f.) auf seiten des Kl. um einen Einwand aus dem Rechte eines Dritten. Der Umstand, daß der Umrechnungsunterschied, der den ausländischen Berechtigten vorenthalten wird, nunmehr — ohne einen rechtfertigenden Grund auf seiner Seite — in die Tasche des Kl. fließt, vermag die Entsch. nicht zu beeinflussen, da auch

in anderen Fällen der Danziger Schuldner eines ausländischen Gläubigers aus der Umrechnung der Forderung zu dem geringeren Satz den Vorteil zieht. Ausschlaggebend ist allein, daß der ersparte Wert dem deutschen Volksvermögen erhalten bleibt. Schließlich ist es ohne Bedeutung für die zu treffende Entsch., daß das Vermögen des Juden A. infolge seiner Beschlagnahme jetzt der Verfügung des Judenkommissars unterliegt, da diese Stelle, worauf der BerR. zutreffend hingewiesen hat, keine größeren Rechte ausüben kann, als sie A. zustehen.

(RG., V. ZivSen., U. v. 23. Nov. 1942, V 66/42.) [He.]

*

**20. OLG. — § 1—3 Ges. über die Haftpflicht der Eisen- und Straßenbahnen für Sachschaden v. 29. April 1940 (RGBl. I, 691). Keine höhere Gewalt, wenn in einer mit zahlreichen Weidekoppeln besetzten Gegend Fohlen nachts aus der Weide ausbrechen und von einem Eisenbahnzuge erfaßt werden.**

**Zur Frage eigenen Verschuldens des Geschädigten.**

Die Kl. ist Eigentümerin des Rittergutes O.-N. Sie unterhält auf diesem Gut verschiedene Koppeln, die wie üblich eingezäunt sind. In der Nacht zum 26. Sept. 1940 sind sieben Fohlen aus der Koppel ausgebrochen. Zwei von ihnen wurden von einem Güterzuge der Bekl. auf der Strecke G.-C. überfahren und getötet. Die Kl. fordert von der Bekl. Schadensersatz.

Nach § 1 des Ges. über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschaden v. 29. April 1940 (RGBl. I, 691) haftet die Bekl., wenn bei dem Betriebe ihrer Eisenbahnen eine Sache beschädigt wird, auf Ersatz dieses Schadens. Da an dem Eigentum der Kl. an den zwei getöteten Fohlen kein Zweifel mehr sein kann, wäre die Kl. berechtigt, Ersatz des Wertes der von dem Güterzuge der Bekl. getöteten Fohlen von dieser zu fordern. Die Bekl. ist der Ansicht, daß höhere Gewalt vorgelegen habe und deshalb nach § 2 des gen. Ges. ihre Haftung ausgeschlossen sei.

Unter höherer Gewalt ist nach feststehender Rspr. des RG. ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden konnte, zu verstehen. Für das Vorliegen der höheren Gewalt war die Bekl. beweispflichtig. Einen solchen Beweis hat sie nicht geführt. Sie hat behauptet, daß seit 10 Jahren auf der Strecke G.-C. kein Weidevieh zu Schaden gekommen sei. Auch wenn dies richtig wäre, wäre die Bekl. von ihrer Haftung nicht befreit. Sie hätte nämlich beweisen müssen, daß sie in der Gegend, in der die Unfallstelle liegt, im voraus durchaus nicht damit zu rechnen brauchte, daß Weidevieh oder ausgebrochene Koppeltiere auf den Bahnkörper gelangen könnten, daß es sich hier also um ein ganz ungewöhnliches Ereignis handelte. Davon kann aber keine Rede sein. Zwar liegen zwischen den Koppeln der Kl. und der Eisenbahnstrecke der Bekl. auf einem Gelände von $2\frac{1}{2}$ km Breite keine Koppeln. Aber nach der Auskunft der Kreisbauernschaft in G. liegen unmittelbar an der Bahnstrecke G.-C. beiderseits des Bahnhofs Ch., der nächstgelegenen Bahnstation der Bekl., Koppeln, und zwar in Richtung Ko. die Koppeln des Rittergutsbesitzers Wr., der Siedler von Em. und der Herrschaft Ja., in der Richtung nach G. die Koppeln des Rittergutes N.-L. und der Bäuerin I., während in einer Entfernung von 3 bis 3,5 km von der Bahnstrecke an der Neiße die Koppeln verschiedener Besitzer aus dem Dorfe Z. und dann nach einem Zwischenraum wieder Koppeln verschiedener Besitzer, unter anderem der Kl., liegen.

Es handelt sich also um eine ausgesprochene Koppelgegend. Es ist daher nach der Lebenserfahrung, und wie ein Blick in die Tagesblätter zeigt, gar nicht so selten, daß an der Bahn weidendes Vieh auf die Bahnstrecken übertritt. Auch das LG. muß zugeben, daß infolge ungenügender Sicherung der Koppeln oder infolge Verschuldens Dritter hin und wieder ein Austritt von Tieren aus den Koppeln stattfindet. Mag daher der hier in Frage kommende Austritt der Fohlen auch noch in der Gegend des Unfalls als ein Ausnahmefall erscheinen, so ist er doch nicht ganz ungewöhnlich im Sinne der oben wiedergegebenen Rspr., führt also nicht zum Haftungsausschluß für die Bekl.

Es konnte sich also nur noch fragen, ob die Kl. oder einen ihrer Angestellten, insbes. einen solchen, der als Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die Fohlen angesehen werden müßte, ein Verschulden am Ausbruch der Fohlen trifft.

Die Beweisaufnahme hat ein zweifelfreies Ergebnis darüber, auf welche Art und Weise die Fohlen tatsächlich aus der Koppel ausgebrochen sind, nicht ergeben. Es bestehen nach den vorgefundenen Spuren die beiden Möglichkeiten, daß sie durch das am Abend offen gelassene, von den Grundstückseigentümern Sch. und Vo. benutzte Notwegtor auf der Westseite der Koppel ins Freie gelangt sind oder daß sie nicht weit davon etwas nördlicher über den äußeren Koppelzaun gesetzt sind.

Daß die äußere Umzäunung der Koppel an dieser Stelle vor dem Ausbruch der Fohlen in Ordnung gewesen ist, hat auch die Bekl. nicht bestritten. Nach dieser Richtung käme also ein Verschulden der Kl. oder anderer etwa verantwortlicher Personen überhaupt nicht in Frage.

Daß das Notwegtor am Abend vor dem Ausbruch der Fohlen offen gelassen worden ist, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen Sch., der seinen inzwischen verstorbenen Nachbar Vo. als den nachlässigen Benutzer des Tores bezeichnet hat. Mit der Nachlässigkeit des Vo. brauchten aber die Kl. und ihr Inspektor ebensowenig zu rechnen, wie der Melkermeister, der nach seiner Bekundung gegen 7 Uhr abends nach dem Melken die Koppel verlassen hat. Denn sie hatten bei ihren auch von Sch. bestätigten Revisionsgängen ähnliche Nachlässigkeiten nicht feststellen können — vielleicht deshalb nicht, weil Sch. aus Pflichtbewußtsein als Notwegberechtigter oder aus Sorge um die friedlichen nachbarlichen Beziehungen zu Vo., wie er sagt, „vielmals hinter ihm hergelaufen ist“, d. h. das offen gelassene Notwegtor für ihn geschlossen hat, weil Vo. unzuverlässig, aber auch zänkisch war. Das an der Koppelzufahrt, also im Süden der Koppel belegene Tor war zwar unstreitig an diesem Abend auch nicht geschlossen, ist aber von den Fohlen zweifellos nicht benutzt worden und daher für ihren Ausbruch nicht ursächlich geworden. Die Bezugnahme der Bekl. auf § 3 des Ges. geht deshalb fehl.

(OLG. Breslau, Urt. v. 9. Nov. 1942, 4 U 191/41.)

---

## Landesrecht

**21. RG. — § 8 PrEnteigG.; § 14 PrFluchtlG. v. 2. Juli 1875.**

**1. Bei Berechnung des „vollen Wertes“ i. S. von § 8 kann nicht etwa diejenige Berechnungsart, die den höchsten Wertbetrag ergibt, um deswillen allein maßgebend sein, wenn sie nicht gleichzeitig den Wert angibt, den das Grundstück bei höchstmöglicher Ausnutzung für den Eigentümer am Stichtag hatte. So kann der Bauwert eines Gebäudes in dem Zustand, in dem es sich am Stichtag befindet, zuzüglich des Wertes von Grund und Boden an diesem Tag („Zustandsbau- und Bodenwert“) in aller Regel nicht als „voller Wert“ angesehen werden. Er kann aber als „stabilisierender Faktor“ bei der Wertermittlung nach anderen Berechnungsarten (Verkaufs-Tauschwert, Ertragswert) mitberücksichtigt werden.**

**2. Insbes. beim Enteignungsverfahren nach dem Fluchtlinien- (Straßen-Bauluchten-) Gesetz können Schäden, die nicht durch die Entziehung des Eigentums, sondern durch das Enteignungsverfahren entstehen, berücksichtigt werden.**

I. Zur Revision der Beklagten.

Das BG. hat das erste RGUrt. offenbar dahin mißverstanden, als ob diejenige Wertberechnung, welche den höchsten Betrag ergibt, ohne weiteres gleichzusetzen wäre mit demjenigen Wert, den das Grundstück bei der höchstmöglichen Ausnutzung des darin liegenden Wertes (nicht bloß nach der bisherigen Benutzungsart) für den Eigentümer in dem maßgebenden Zeitpunkt hatte, und um deswillen maßgebend sein müßte.

Die Berechnungsart, welche den höchsten Wertbetrag ergibt (hier der Wert, den der BerR., dem Sachverständigen C. folgend, den Zustands-Bau- und Bodenwert [ZBBW.] nennt), braucht sich keineswegs zu decken mit demjenigen Wert, den das Grundstück bei der höchstmöglichen Ausnutzung des darin liegenden Wertes für den Eigentümer hatte; im vorl. Fall insbesondere hat der Vorderrichter keinen Anhaltspunkt dafür festgestellt, daß dies der Fall ist; denn warum der ZBBW. das Ergebnis der für den Kl. höchstmöglichen Ausnutzung sein soll, bleibt unerfindlich. Wenn der Senat es als rechtsirrig bezeichnet hatte, daß der Vorderrichter in dem früheren BU. schlechthin und ohne weiteres den Verkaufs- (Tausch-) Wert für maßgebend erachtet hatte, so ergab sich daraus nicht der Schluß, daß nun irgendeine der sonst möglichen Berechnungsarten für den Wert des Grundstücks um deswillen maßgebend sein müßte, weil sie den höchsten Betrag ergab.

Der Vorderrichter will dem Sachverständigen C. folgen. Der Sachverständige hatte eingangs seines ersten Gutachtens, dort, wo er sich die ihm vom Gericht gestellte Aufgabe verdeutlicht, den Wert des Grundstücks für den 29. Juni 1936 (dieser Zeitpunkt ist später berichtigt worden) anzugeben, seine Aufgabe dahin aufgefaßt, den Verkaufswert des Grundstücks am Stichtage festzustellen; dabei hatte er ausgeführt, dieser (Verkaufs-) Wert werde beeinflußt von 1. dem ZBBW., 2. dem Ertragswert und 3. von der Möglichkeit einer anderweiten Ausnutzung des Grundstücks. Er hat also selbst dort den ZBBW. nur als einen Faktor zur Ermittlung des Verkaufswertes angesehen, welch letzteren allein er für maßgebend hielt. Das Urteil des erk. Sen. v. 27. Aug. 1940 hat demgegenüber klargestellt, daß der Verkaufswert nicht grundsätzlich ohne weiteres maßgebend sein müsse, daß er vielmehr in vielen Fällen bei der Ermittlung des „vollen Wertes“ im Sinne des § 8 PrEnteigG. nur mit zu berücksichtigen, also selbst nur ein Faktor bei dessen Ermittlung sein könne. Um so weniger konnte aber der ZBBW., dessen Begriff der Sachverständige, so wie er ihn auffaßt, in seiner Gutachtensergänzung v. 10./15. März 1939 selbst festgelegt hat, selbständig ohne weiteres um deswillen als „voller Wert“ angesehen werden, weil er das höchste Berechnungsergebnis zeitigte. Von jeher ist die Wertberechnung nach dem, was der Sachverständige als „Zustands- und Boden-Bau-Wert“ bezeichnet, als maßgebend nur dann angesehen worden, wenn keine der sonstigen Bewertungsmöglichkeiten (gemeiner Verkaufs-Tauschwert, objektiver und subjektiver Ertragswert) nach den Umständen offenstand; im übrigen wird die Berechnung nach dem ZBBW. vielfach neben den anderen Wertberechnungsarten mitberücksichtigt, um eine gewisse Einseitigkeit, die jeder der genannten einzelnen Bewertungsarten anhaften kann, durch solche Mitberücksichtigung zu beseitigen. Die Berechnung nach dem ZBBW. dient in solchen Fällen zur Prüfung, ob die anderen Berechnungsarten nicht zu einseitig sind, weil sie etwa daran leiden, daß sie mehr oder weniger von örtlichen und zeitlichen Verhältnissen vorübergehender Art beeinflußt sein können; sie stellt dann einen „stabilisierenden Faktor“ dar, nicht mehr. Daß der vom Sachverständigen als ZBBW. bezeichnete Wert für sich allein jedenfalls nur in ganz besonderen Ausnahmefällen als der nach § 8 EnteigG. zu ersetzende Grundstückswert — und zwar dann als „gemeiner Wert“, nicht als der von dem Eigentümer erzielbare höchste Nutzungswert — in Betracht kommen kann, zeigt schon die Erwägung, daß die Bemessung des „vollen Wertes“ schlechthin nach diesem Maßstab dazu führen müßte, ein Grundstück, das mit einem für niemand mehr verwendbaren Gebäude (z. B. einem nicht mehr benutzbaren Fabrikgebäude, einem veralteten Luxusgebäude od. dgl.) bebaut ist, unter Umständen außerordentlich hoch zu bewerten, während in Wirklichkeit, was die Berücksichtigung des Bauwertes angeht, vielleicht nur die Kosten des Abbruchs einerseits und die Verwertung der Abbruchsstoffe anderseits in Betracht zu ziehen sein können.

Der Sachverständige hätte seinen grundsätzlichen Ausgangspunkt richtig gefaßt, wenn er seine Aufgabe darin gesehen hätte, daß er nicht den Verkaufswert festzustellen habe, den das Grundstück am Stichtage gehabt hat, sondern dessen „vollen Wert“ im Sinne der Ausführungen des reichsgerichtlichen Urteils, und daß dieser in der Regel beeinflußt, ja sogar bestimmt wird durch die Rücksicht auf den gemeinen Verkaufs- (Tausch-) Wert, den objektiven und subjektiven Ertragswert, auch unter Berücksichtigung der etwaigen besonderen Möglichkeit einer anderweitigen Ausnutzung des Grundstücks; dabei mochte dann die Berechnung nach dem ZBBW. als mitzuberücksichtigender Faktor, dem aber im Verhältnis zur Berechnung nach den anderen Wertberechnungsarten in aller Regel nur eine untergeordnete Bedeutung wird zukommen können, mit herangezogen werden.

Der rechtliche Fehler des BU. liegt also darin, daß es unbeachtet gelassen hat, daß nicht der höchste Wert, den das Grundstück nach einer der denkbaren Berechnungsarten aufweist, maßgebend ist, sondern derjenige, den es bei seiner höchstmöglichen Ausnutzung für den Eigentümer in einem maßgebenden Zeitpunkte hatte. Woher im vorliegenden Falle das Grundstück bei höchstmöglicher Ausnutzung den vom Sachverständigen gemäß seiner Darlegung im Gutachten v. 10./15. März 1939, begrifflich festgelegten „Zustands-Bau- und Boden-Wert“ gehabt haben könnte, hat der Vorderrichter nicht dargelegt.

II. Zur Revision des Klägers:

1. Was im Vorstehenden über die rechtsirrige Grundlage der Wertberechnung im angefochtenen Urteil ausgeführt worden ist, muß, da es sich um einen Fehler in der Anwendung des sachlichen Rechts handelt, auch auf die Rev. des Kl. hin beachtet werden. Denn wenn sich auch im vorl. Falle vor allem die Bekl. durch diese Art der Wertberechnung beschwert fühlt, so bildet sie doch auch die Grundlage derjenigen Bewertung, gegen die der Kl. mit seiner Rev. ankämpft. Sonach beruht auch die Bewertung, durch die sich der Kl. benachteiligt fühlt, auf rechtsfehlerhafter Grundlage. Das Urteil kann deshalb auch insoweit bestehen bleiben.

2. Soweit das BG. aus Rechtsgründen eine Entschädigung für den Rosengarten überhaupt abgelehnt hat, kann aber die Entscheidung ebensowenig aufrechterhalten werden. Das BG. führt dazu aus: Die Rosen wären an sich als Bestandteil des Grundstücks von der Enteignung betroffen worden, wenn sie der Kl. nicht, um sie sich zu erhalten und der Enteignung zu entziehen, vor dem für die Feststellung der Entschädigungspflicht maßgebenden Zeitpunkt (Zustellung des Entschädigungsfeststellungsbeschlusses am 15. Juli 1937) aus dem Grundstück herausgenommen und auf seinen neuen Besitz gebracht hätte. Damit habe er verhindert, daß sie von der Enteignung betroffen worden seien; sein Eigentum an den Rosen sei also nicht beeinträchtigt worden. Deshalb könne er für dieses keine Entschädigung verlangen. Aber auch die Kosten der Umpflanzung könne er nicht ersetzt verlangen, weil er die Umpflanzung nicht in auftragloser Geschäftsführung für die Bekl. vorgenommen habe, sondern um sich die Rosen zu erhalten. § 11 PrEnteigG. greife zugunsten des Kl. nicht ein, irgendwelche anderen gesetzlichen Bestimmungen seien nicht ersichtlich.

Die Rev. rügt demgegenüber, der BerR. habe die Darstellung des Kl. außer acht gelassen, wie er zu der Entschließung gekommen sei, den Versuch der Verpflanzung der Rosen auf das neue Grundstück zu machen. Danach habe der Kl., da man damals allgemein mit einer beschleunigten Durchführung der Enteignung gerechnet habe, bereits im November 1936 bei der ersten Besichtigung und Schätzung des Grundstücks durch den Enteignungskommissar angeregt, auch die Rosen zu schätzen, weil diese unbedingt umgepflanzt werden müßten, wenn sie nicht leiden oder gar verderben sollten; die Rosen hätten nämlich vor dem Spätfrühling umgepflanzt werden müssen. Dieser Anregung sei damals nicht Folge gegeben worden. Der Kl. habe dann von Tag zu Tag gewartet, daß die Abschätzung der Rosen in einem besonderen Termin stattfinde. Als das nicht geschehen sei, habe er im Dezember begonnen, die Rosen umzupflanzen. In dem Entschädigungsfeststellungstermin v. 30. April 1937 habe sich der Enteig-

nungskommissar dahin geäußert, daß der Kl. durchaus richtig gehandelt habe, indem er zu retten versucht habe, was zu retten gewesen sei. Er habe in diesem Termin grundsätzlich die Entschädigungspflicht der Bekl. anerkannt. Für diese Behauptung war Beweis angeboten und behauptet worden, daß die Bekl. durch die Umpflanzung im Dezember vor weit größeren Schadensverpflichtungen bewahrt geblieben sei und daß der Kl. nur seine Pflicht zur tunlichsten Schadensminderung erfüllt habe.

Diese Behauptungen sind im gegenwärtigen Rechtszug als zutreffend zu unterstellen, und es ist weiter davon auszugehen, daß die Rosen im Fall der Enteignung an Ort und Stelle für den Kl. einen höheren „vollen Wert“ gehabt hätten, als den, den sie nach der Umpflanzung gehabt haben.

Unter diesen Voraussetzungen kann aber den Erwägungen des Vorderrichters nicht beigetreten werden. Der Abschätzungstermin v. 24. Nov. 1936 war gemäß §§ 25 ff. EnteigG. zur Feststellung des künftigen Schadens bestimmt, denn die Enteignung selbst war ja erst später auszusprechen; ob und wann sie ausgesprochen worden ist, ist weder festgestellt noch ersichtlich. Die auf diesem Termin beruhende Feststellung der Entschädigung hatte sich also auf den Ersatz (§§ 7—13 EnteigG.) derjenigen Werte zu beziehen, die durch den der Enteignung zukommenden Umfang dem Eigentümer entzogen werden würden, wozu im vorl. Falle gemäß § 8 Abs. 1 Halbs. 2 EnteigG. auch die Rosen als Früchte des Grundstücks gehörten, weil das Grundstück, dessen Bestandteil sie bildeten, von der Planfeststellung betroffen war. Davon geht ja auch der Entschädigungsfeststellungsbeschluß aus, der, offenbar dem Sachverständigengutachten folgend, grundsätzlich Entschädigung für die Rosen gewährt, aber (mit dem Sachverständigen) lediglich um deswillen nur in Höhe der Verpflanzungskosten, weil ein anderer „Schaden“ nicht entstanden sei.

Ob bei Richtigkeit der vorerwähnten Behauptungen des Kl. anzunehmen ist, daß vor dem den Umfang der Enteignung im Enteignungsverfahren nach dem Straßen- und BaufluchtenG. v. 2. Juli 1875 festlegenden Zeitpunkt eine rechtlich zulässige Beschränkung dieses Umfangs durch Ausnahme der an sich von der Enteignung betroffenen Rosen (§ 8 Abs. 1 Halbs. 2 EnteigG.) stattgefunden hat, oder ob ein besonderer, neben dem Enteignungsverfahren herlaufender bürgerlich-rechtlicher Vertrag anzunehmen ist, wonach sich die Bekl. mit der Wegnahme der bereits von der Enteignung betroffenen Rosen zwecks Umpflanzung (ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen) einverstanden erklärt hat, wird in der erneuten mündlichen Verhandlung geprüft werden müssen.

Im ersten Falle waren die Rosen von der Enteignung nicht betroffen worden; es würde sich dann nicht um eine Vermögenseinbuße (eine solche unterstellt) handeln können, die dem Kl. durch die Entziehung des Eigentums entstanden wäre, wohl aber durch das Enteignungsverfahren. Daß für solchen Schaden, insbesondere in dem hier in Betracht kommenden Verfahren betreffend die Enteignung nach dem PrFluchtlG., Ersatz zu leisten ist, ist anerkannten Rechts (vgl. Koffka, „Enteignungsgesetz“, Bem. 79 und 80 zu § 8).

Im zweiten Falle würde es sich ohnehin um einen durch die Entziehung des Eigentums verursachten Schaden handeln, über dessen Minderung durch Überlassung der (enteigneten) Rosen an den Kl. zum Zweck ihrer Umpflanzung eine besondere Vereinbarung getroffen worden wäre, deren Inhalt im einzelnen festzustellen wäre.

Sollte dagegen der Kl. die Rosen eigenmächtig ohne Zustimmung der Bekl. vor oder nach dem Eintritt des für die Feststellung des Umfangs der Enteignung nach dem preuß. Straßen- und BaufluchtenG. maßgebenden Zeitpunktes von dem Grundstück entfernt haben, dann könnte nicht davon gesprochen werden, daß es sich um Kosten und Schäden handelte, die durch die Enteignung oder das Enteignungsverfahren entstanden wären (vgl. Koffka a. a. O.). Ein durch das Umpflanzen eingetretener Wertverlust der Rosen ginge dann zu Lasten des Kl.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 30. Okt. 1942, VII 36/42.) [He.]

**22. RG. — PrALR. II, 6 §§ 22 ff. Die Bestimmungen der §§ 22 ff. über die Gesellschaften bzw. Korporationen betreffen in erster Linie deren innere Verfassung, sie stellen Befehle bzw. Verbote an die Korporationen selbst bzw. an deren Aufsichtsbehörden dar; dagegen befassen sie sich nicht mit der durch § 82 geregelten Rechtsstellung der Gesellschaft (Korp.) zu Dritten.**

**§ 79 setzt voraus, daß dem Dritten das dort bezeichnete Recht zusteht; er verleiht ihm kein solches, wenn es ihm nicht schon zusteht.**

Die Bestimmungen von II, 6, §§ 22 ff. ALR. über die Gesellschaften bzw. die Korporationen regeln in erster Linie deren innere Verhältnisse, insbes. deren Verfassung; die Befehle oder Verbote jener Bestimmungen richten sich in erster Linie an die Korporation selbst bzw. an deren Aufsichtsbehörden. Die Rechtsverhältnisse der Korporation zu Dritten werden (§ 82) nach denselben Gesetzen beurteilt wie die anderer Rechtspersönlichkeiten. Schon deshalb ist es abwegig, aus den §§ 26, 78, 79 zu entnehmen, daß durch diese Bestimmungen Dritten Rechte entstünden, die ihnen anderweit nicht zustünden. Dies ist ohne weiteres klar für die Fälle der §§ 26 und 78; die letztere Best. insbesondere ist im vorl. Fall schon um deswillen nicht anwendbar, weil sie voraussetzt, daß gewisse bestimmte Personen durch Mittel und Einrichtungen der „Stiftung“ — ohne deren Abänderung (§ 77) — begünstigt sind; es soll Gewähr geschaffen werden, daß sie nicht durch eine Abänderung (ohne ihre Zustimmung oder Entschädigung) dieser Begünstigung verlustig gehen. Der Kl. ist aber nicht durch die Mittel und Einrichtungen der (unveränderten) Korporation begünstigt, sondern nur für den Fall ihres „Eingehens“. Für ihn käme deshalb nur die Bestimmung des § 79 in Frage, auf die sich die Revision ja auch berufen hat. Durch diese Bestimmung soll aber keineswegs einem Dritten (für den dort bezeichneten Fall) ein Recht auf die zur Stiftung gewidmete Sache verliehen werden. Sie setzt vielmehr voraus, daß der Dritte ein Recht gegen „die Stiftung“ (d. h. hier die Korporation) hat. Wenn er ein solches hat, dann ist nach § 79 zu verfahren. Ob er ein solches hat, ist aus den sonstigen Bestimmungen zu entnehmen; diejenigen, welche die Verfassung der Korporation regeln, besagen dafür nichts; insbes. ist hierfür weder aus § 22 noch aus § 26 etwas zu entnehmen.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 5. Juni 1942, VII 118/41.)

## Recht der Alpen- und Donaugaue

**23. RG. — § 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB. Zur Ausbeutung gehört, daß sich der Handelnde des Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bewußt ist.**

Die Kl. haben im Aug. 1940 mit der — inzwischen nach Erhebung der Klage am 19. Juli 1941 verstorbenen — Katharina E. über den Ankauf ihres in T. Nr. 24 gelegenen Hausgrundstückes verhandelt. Das Hausgrundstück ist zusammen mit dem dazugehörigen Garten, Wiesen, Acker und Weide 64 a 11 qm groß. Am 6. Aug. hat Katharina E. eine Erklärung unterschrieben, nach der sie sich verpflichtete, den Kl. bis zum 20. Aug. 1940, 18 Uhr, „im Verspruch zu bleiben, ihnen ihren Besitz in T. Nr. 24 wie vereinbart zu verkaufen“. Am 7. Aug. hat sie eine Bestätigung über 500 *RM* unterzeichnet, „welchen Betrag die Gefertigte von H. Franz G. (dem Erstkl.) als Angeld für den Verkauf ihres Eigentums in Einlagezahl 125, T. Nr. 24, per 9500 *RM* in bar bzw. gegen teilweises Darlehen aus diesem Betrage und einer monatlichen Zahlung von 80 *RM* richtig gezahlt erhalten hat. In den genannten Beträgen ist der gesamte unbewegliche Besitz sowie das vorhandene Mobilar samt sonstiger Einrichtung sowie das Getier, welch letzteres noch in Benutzung der Frau E. bleibt, enthalten, die Fechsung von Kartoffel- und Weizenacker bleibt ebenfalls Frau E., ebenso auch die Grummetmahd. Die Übergabe erfolgt am 1. Sept. 1940“.

Da Frau E. später das Zustandekommen eines gültigen Kaufvertrages bestritt, erhoben die Kl. Klage auf Zuhaltung des am 7. Aug. 1940 mündlich geschlossenen Kaufvertrages. Ihr Antrag geht auf Feststellung, daß zwischen der Bekl. und den beiden Kl. als Käufer über

mündlichen Abschluß v. 7. Aug. 1940 folgender Kaufvertrag zu Recht besteht:

„Katharina E. verkauft an Franz und Maria G. die Liegenschaft ‚Haus bei der Straß‘ Nr. 24 in T., Gerichtsbezirk G., samt vorhandenem Mobilar und sonstiger Einrichtung gegen den die geleistete Angabe von 500 RM einschließenden Kaufpreis von 9500 RM und gegen grundbücherliche Einverleibung einer lebenslänglichen Monatsrente von 80 RM und eines lebenslänglichen Wohnungsrechtes in den zwei Zimmern im ersten Stock unter lebenslänglicher Belassung der Möbel hierfür, darunter die schönen Möbel im Mittelzimmer, sowie auf Verurteilung der Bekl., binnen 14 Tagen nach rechtskräftiger Genehmigung dieses Kaufvertrages im Sinne der Grundstücksverkehrs-Bekanntmachung eine auf Kosten des Franz und der Maria G. zu errichtende Kaufvertragsurkunde mit grundbücherlicher Einverleibung des gleichteiligen Eigentumsrechtes für Franz und Maria G. auf die Liegenschaft in einverleibungsfähiger Form zu fertigen und diese Liegenschaft im rechtlichen und tatsächlichen Stande v. 7. Aug. 1940 zu übergeben.“

Frau E. ist durch Beschluß des BezGer. in G. vom 3. Dez. 1940 wegen Geistesschwäche beschränkt entmündigt worden. Ihr Beistand und nach ihrem Tode der Kurator der Verlassenschaft haben das Zustandekommen des behaupteten Kaufvertrages bestritten und behauptet, daß Frau E. bereits im Aug. 1940 nicht mehr handlungsfähig gewesen sei.

Das LG. hat nach dem Klageantrag erkannt, das BG. hat bestätigt.

Die Rev. der verklagten Verlassenschaft kann nur zum Teil Erfolg haben.

Der Erstrichter hat auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt, daß Frau E. bei Abschluß des Kaufvertrages nicht handlungsunfähig gewesen ist; im Urteil heißt es: „die Bekl. war nicht geistesschwach, sie war vielmehr eine streitsüchtige, rechthaberische Frau, ein Sonderling“. Das BG. billigt diese Feststellungen.

Hauptsächlich wendet sich die Rev. gegen die Ablehnung einer Nichtigkeit des geschlossenen Kaufvertrages nach § 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB. durch die Vorinstanzen. Auch der Erstrichter beschäftigt sich mit dieser Frage, er erklärt ausdrücklich, die Kl. hätten auch das hohe Alter der Bekl. nicht ausgenutzt, wie sich klar und deutlich aus der Zeugenaussage des Hans H. ergebe. Das BG. schließt sich dem an und weist weiter darauf hin, daß Frau E. auch mit anderen Kauflustigen verhandelt habe, ohne daß einem von ihnen wegen ihres Alters Bedenken gegen ihre Verstandeskräfte gekommen wären. Nun ist allerdings richtig, daß schon der Erstrichter den Wert der verkauften Liegenschaft unter Zugrundelegung der Schätzung im Abhandlungsverfahren auf 22 701 RM und den Wert der — nicht in vollem Umfange mitverkauften — Fahrnisse auf 5018 RM angenommen hat, und daß demgegenüber der vereinbarte Kaufpreis von 9500 RM, einer monatlichen Rente von 80 RM und des lebenslänglichen Wohnrechts an zwei Räumen verhältnismäßig niedrig erscheint. Eine Ausbeutung der Frau E. i. S. des § 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB. würde aber nur dann vorliegen, wenn die Kl. sich dessen bewußt waren, daß der abgemachte Kaufpreis zu dem Wert der gekauften Liegenschaft mit Zubehör in auffallendem Mißverhältnisse stehe. In diesem Falle könnte ein Verstoß der Kl. gegen die guten Sitten auch dann vorliegen, wenn sie eine gewisse Schwächung der Verstandeskräfte der Frau E. durch ihr hohes Alter von über 77 Jahren nicht erkannt haben (vgl. RGZ. 15, 1, eine Entsch., die auch für das Recht des ABGB. von Bedeutung ist). Ein solches auffallendes Mißverhältnis, das die Kl. erkannt haben oder doch unter allen Umständen hätten erkennen müssen, wollen die Vorinstanzen aber offenbar nicht annehmen. Dem kann auch nicht entgegengetreten werden, wenn man berücksichtigt, daß das Haus schlecht erhalten war, daß der bei den anderen Kaufverhandlungen der Frau E. gebotene Kaufpreis sich in ähnlicher Höhe bewegte, und vor allem, daß die Forderung eines Wohnrechts und einer Geldrente auf Lebenszeit den Kaufpreis erfahrungsgemäß herabdrückt, selbst wenn der Berechtigte, wie im vorl. Falle, schon in vorgerücktem Lebensalter steht. Auch aus § 879 Abs. 2 Nr. 4 kann daher die Nichtigkeit des abgeschlossenen Kaufvertrages nicht hergeleitet werden.

Unter die Grundstücksverkehrs-Bekanntmachung (VO. v. 20. Juli 1938 [RGBl. I, 906]) würde der Kaufvertrag, da die verkaufte Liegenschaft die Größe von 1 Hektar nicht erreicht, nur fallen, wenn die verkaufte Liegenschaft mit dem übrigen Grundbesitz der Bekl. eine wirtschaftliche Einheit bilden sollte. Seine Gültigkeit ist aber auf jeden Fall von der Genehmigung des Preiskommissars abhängig (vgl. jetzt die nach Aufhebung der früheren Vorschriften geltende VO. über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr v. 7. Juli 1942 [RGBl. I, 451] §§ 1 und 2). Die getroffene Feststellung über das Zurechtbestehen des abgeschlossenen Kaufvertrages müßte deshalb durch Einschiebung der Worte „vorbehältlich der Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde“ eingeschränkt werden. Diese Einschränkung wäre auch ohne weiteres zulässig, weil die Kl. ihren Feststellungsantrag gerade mit Rücksicht auf die noch ausstehende Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde gestellt haben. Auch der weitere Antrag auf Fertigung einer Kaufvertragsurkunde mit Bewilligung der grundbücherlichen Einverleibung des Eigentumsrechtes für die Kl. ist zulässig, wenn in die Urkunde der Zusatz aufgenommen wird, daß die Gültigkeit des Kaufvertrages von der Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde abhängig ist. Der erk. Senat hat dies zwar zunächst in seiner Entsch. RGZ. 165, 117 verneint, hat diese Ansicht aber in RGZ. 168, 343 ausdrücklich aufgegeben. Bei dieser Sachlage erscheint es angemessen, in Abänderung der Vorderurteile die beiden Anträge der Kl. zusammengefaßt dahin zu bescheiden, daß die Verurteilung der Bekl. zur Fertigung einer Urkunde erfolgt, die den Kaufvertrag in der Form, wie ihn die Kl. festgestellt haben wollen, die Einverleibungsklausel und die Bedingung enthält, von der die Gültigkeit des Kaufvertrages abhängt. Dagegen ist eine Verurteilung der Bekl. zur Übergabe der Liegenschaft nicht möglich, bevor die Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde erfolgt ist; denn die Verurteilung zu einer Leistung darf nach § 406 ZPO. nur erfolgen, wenn die Fälligkeit zur Zeit der Urteilsfällung bereits eingetreten ist. Insoweit ist die Klage deshalb abzuweisen.

(RG., VIII. ZivSen., U. v. 26. Okt. 1942, VIII 75/42.) [He.]

*

**24. RG. — § 934 ABGB. Kunstwerke alter Meister können nach Lage des einzelnen Falles einen gemeinen Wert haben, worüber Sachverständige zu hören sind.**

Der Kl. als Masseverwalter der Verkäuferin begehrt vom Bekl. als Käufer eines als Werk des Florentiners Lorenzo di Credi (1459 bis 1537) geltenden Gemäldes, darstellend das Bildnis des Bildhauers Verrocchio, die Aufhebung des Vertrages, denn der Kaufpreis sei weit unter der Hälfte des wahren Wertes geblieben. Das Gericht des ersten Rechtsganges wies gemäß dem Sachantrag des Bekl. das Klagebegehren mangels eines gemeinen Wertes des Gemäldes ab, ohne auf die weiteren Einwendungen des Bekl. einzugehen. Die Berufung des klagenden Masseverwalters hatte Erfolg: das BG. hat das Urteil unter Rechtskraftvorbehalt aufgehoben, denn die Frage, ob dem Gemälde kein gemeiner Wert zukomme, bedürfe der Lösung durch Sachverständige; vorerst aber sei darauf einzugehen, ob die Rückstellung des Gemäldes durch den Bekl. noch möglich sei.

Der Rekurs des Bekl. ist nicht begründet.

Die Aufhebung eines Vertrages wegen Verkürzung nach § 934 ABGB. erfordert — wie auch beide unteren Gerichte mit Recht annahmen —, daß der Verletzte nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat, von diesem an gemeinem Wert erhalten hat. Die beiden Gerichte sind daher von dem Begriff des gemeinen Wertes ausgegangen und befinden sich nur im Gegensatz, ob an dem verkauften Gemälde ein gemeiner Wert schlechthin auszuschließen ist, oder ob hierüber der Richter erst nach Anhörung eines Sachverständigen befinden könne.

Als gemeiner Wert i. S. des § 934 ABGB. ist — dies ergeben die §§ 305 und 935 ABGB. übereinstimmend mit

der Rspr. des gemeinen Rechtes und des Allgemeinen Landrechtes für die preußischen Staaten — gewiß nicht nur der absolute, für jedermann bestehende, sondern auch der relative, für jemand aus besonderen Umständen oder Bedürfnissen im Rahmen seiner wirtschaftlichen Interessen sich ergebende Wert einer Sache zu verstehen. Im Gegensatz dazu steht der Wert einer Sache für jemand mit Rücksicht auf seine individuellen, gefühlsmäßigen Interessen, also seine innere Einstellung oder besondere Vorliebe als Wert dieser besonderen Vorliebe oder Liebhaberwert (§ 305 ABGB.). Soweit der Preis von Gegenständen sich nur auf Grund eines Liebhaberwertes bilden kann, kommt ihnen ein gemeiner Wert nicht zu, und der Rechtsbehelf des § 934 ABGB. muß versagen. Hier fragt es sich, ob dies für ein Kunstwerk dieses alten italienischen Meisters zutrifft.

Für Kunstwerke alter Meister hat die Rspr. nicht nur des österreichischen Rechtes, sondern auch des gemeinen und des preußischen Landrechtes bisher immer dahin entschieden, daß solche Kunstwerke in Geld nicht schätzbar sind. Bei einem Gemälde eines alten Meisters lasse sich stets nur von einem mutmaßlichen Wert sprechen, es bilde sich nur ein Gelegenheitspreis auf Grund besonderer Vorliebe. Das ALR. hat auch in I, 11, § 375 für seltene Medaillen und Münzen ausdrücklich das Rechtsmittel der übermäßigen Verletzung des Wertes ausgeschlossen.

Die gegenteilige Auffassung trat zuerst in der Besprechung einer Entsch. v. 23. April 1930 hervor. Gschnitzer schloß sich ihr im Kommentar zu § 934 ABGB. mit der Bemerkung an, es sei behauptet worden, beim Kunsthandel soll nur der Wert der besonderen Vorliebe gelten. Er geht davon aus, soweit es einen Kunsthandel gebe, bilde sich auch ein Marktpreis. Dies trifft nicht den Kern der Frage. Es läßt sich ebensowenig sagen, daß überhaupt kein Kunstwerk einen gemeinen Wert habe, dies wurde auch bisher niemals behauptet, als auch nicht, daß jedes Kunstwerk der Marktpreisbildung unterliegen müsse. Bei einzelnen Kunstgegenständen, welche wegen ihrer hohen Seltenheit, ihres Alters, ihrer künstlerischen Eigenart einerseits und der von den einzelnen Menschen sehr verschieden eingeschätzten Dringlichkeit des Bedürfnisses, zu dessen Befriedigung das Kunstwerk dienen kann, werden zwar auch allgemeine volkswirtschaftliche Gesetze der Preisbildung Platz greifen, aber die Preisbildung läßt sich im einzelnen wegen der Unbestimmtheit ihrer Voraussetzungen nicht einmal ungefähr überblicken, sondern muß den jeweils verschieden wirkenden zufälligen Umständen des besonderen Falles überlassen bleiben. Der Gebrauch eines alten Meisterwerkes besteht aber darin, daß der Erwerber sich des Besitzes erfreut und als Besitzer Wertschätzung und Ansehen in den Kreisen Kunstverständiger genießt (RG. v. 27. Nov. 1926, I 39/26: RGZ. 115/61, 286). Dem entspricht eine nach der künstlerischen Aufnahmefähigkeit, der Geschmacksrichtung und dem Geltungsbedürfnis sehr verschiedene Einstellung der Menschen zu diesen alten Werken. Diesem preisbildenden Umstand kommt daher neben der Seltenheit ein unübersehbar weiter Spielraum zu. Der Preis solcher Kunstwerke von höchster Seltenheit bildet sich bei der außerordentlich verschieden eingeschätzten Dringlichkeit des damit zu befriedigenden Bedürfnisses auf dieser nicht zu überblickenden Grundlage, abhängig von nicht zu ermessenden Zufälligkeiten, und dies gilt auch im Rahmen des gewerblichen Kunsthandels. Von einer Marktpreisbildung kann da keine Rede sein.

Treten aber diese preisbildenden Umstände weniger scharf in Erscheinung, so kann sich auf Grund des Kunsthandels auch an einem Kunstwerk ein gemeiner Preis bilden. Selbst bei Bildern alter Meister läßt sich das nicht schon von vornherein ausschließen. Gerade der Verkehr in der neueren Zeit mit seinen mannigfachen Hilfsmitteln der Technik und seiner alle Kulturländer umfassenden Organisation, die seit den oben angeführten Entscheidungen die Verhältnisse umgestaltet haben, mag es immerhin ermöglicht haben, daß für alte Gemälde und andere Kunstwerke sich heute ein gemeiner Wert bilden kann, da Kauf- und Verkaufsangebote sich viel mehr überblicken lassen und der Markt erweitert wurde, so daß eine durchschnittliche Bewertung viel mehr Platz greifen kann als ehedem. Dies mag besonders für Werke bestimmter Meister gelten, von denen viele vorhanden sind und umgesetzt werden, wie auch für Werke bestimmter Zeiten und Richtungen. Ob und wieweit dies auch für die Werke des Lorenzo di Credi im allgemeinen und für ein einzelnes seiner Bilder zutrifft, mag fraglich sein. Dem BG. ist daher nicht entgegenzutreten, wenn es darüber einen Sachverständigen zu hören für geboten hält.

(RG., II. ZivSen., Beschl. v. 30. Nov. 1942, II B 7/42.) [He.]

*

**25.** RG. — **§ 1480 ABGB. Vereinbarte gleiche Teilrückzahlungen des Kapitals sind keine Annuitäten i. S. des § 1480, selbst wenn sie zur selben Zeit wie die Zinsen fällig sind.**

(RG., VIII. ZivSen., U. v. 16. Dez. 1942, VIII 118/42.) [He.]

*

**26.** RG. — **Art. II § 2 Öst. Goldklauselgesetz v. 27. April 1937 (RGBl. Nr. 130). Goldklauseln in der Slowakei sind gültig, dagegen in Ungarn und in Rumänien ungültig.**

(RG., VIII. ZivSen., Beschl. v. 12. Dez. 1942, VIII 32/42.) [He.]

## Reichsarbeitsgericht

**27.** RArbG. — **§ 242 BGB.; § 2 ArbOG.; § 6 TarO. für das Baugewerbe im Deutschen Reich v. 26. Nov. 1936 (RArbBl. VI, 1229) i. d. Fass. der TarO. v. 22. Juli 1937 (RArbBl. VI, 759).**

**Verlegt ein Gefolgschaftsmitglied den Wohnsitz, den es bei Abschluß des Beschäftigungsverhältnisses hatte, und vergrößert sich dadurch die Entfernung zwischen dem Wohnsitz und einer auswärtigen Baustelle, auf der das Gefolgschaftsmitglied beschäftigt ist, so erhöht sich das ihm tarifmäßig zustehende Wegegeld auch dann nicht, wenn die TarO. lediglich auf die Entfernung zwischen Arbeitsstelle und Wohnsitz abstellt. Das Wegegeld wird vielmehr weiterhin nach dem ursprünglichen Wohnsitz berechnet.**

Nach dem Wortlaut des § 6 der TarO. der den Anspruch auf Wegegeld nicht auf die Entfernung zwischen Betriebssitz und Baustelle, sondern zwischen Wohnort und Baustelle abstellt, würde dem Kl. seit seinem Umzug, wie auch des BG. angenommen hat, das erhöhte Wegegeld zustehen. Das BG. bezeichnet aber selbst das von ihm gefundene Ergebnis als „eigenartig“. Denn der Kl. sei zwar, so führt es aus, verpflichtet, sich auf seine Kosten zur Arbeit von seinem jetzigen Wohnsitz E. an den Betriebssitz zu begeben, nachdem er aus eigenem Entschluß seinen Wohnsitz verlegt habe. Bei Arbeiten an Außenbaustellen sei aber, so meint es, trotzdem nach der TarO. das volle Wegegeld an den jeweiligen Wohnsitz an ihn zu zahlen.

Die Entscheidung des BG. beruht auf der rechtsirrigen Annahme, daß der vorliegende Sonderfall nach dem Wortlaut der TarO. entschieden werden könne. Die TarO. geht von dem Regelfall aus, in dem der Gefolgsmann beim Beginn des Arbeitsverhältnisses am Betriebssitz oder in dessen Nähe wohnt oder aber, wenn dies nicht der Fall sein sollte, beide Vertragsteile die wirtschaftlichen Folgen des auswärtigen Wohnortes übersehen und rechnerisch berücksichtigen können. In diesem Regelfall ist es dann auch angemessen, daß bei Entsendungen nach außerhalb das Wegegeld vom Wohnort bis zur Baustelle berechnet wird. Dieses Ergebnis ist aber dann unbillig, wenn der eine Teil die zur Zeit des Beginns des Arbeitsverhältnisses maßgebend gewesenen örtlichen Bedingungen während des laufenden Verhältnisses willkürlich und erheblich ändert. Derartige Änderungen werden zu den Ausnahmen gehören, und es kann aus dem Wortlaut der TarO. nicht gefolgert werden, daß ihre Regelung des Wegegeldes auch für diese Fälle gelten solle. Die Entscheidung ist allgemeinen Erwägungen, die sich aus dem Treueverhältnis der Streitteile ergeben, zu entnehmen. Es widerspricht Treu und Glauben, wenn der Kl. die Mehrwegekosten der von ihm aus eigenem Entschluß herbeigeführten Änderung auf die Bekl. abwälzen will. Unter solchen Umständen muß das Wegegeld so berechnet werden, als wohne er noch an

seinem ursprünglichen Wohnsitz. Unentschieden muß im Rahmen der vorliegenden Entscheidung bleiben, ob die gleichen Grundsätze auch bei geringfügigen Änderungen des Wohnsitzes gelten müßten, ob also dann der Anspruch auf die Berechnung des Wegegeldes nach dem Wortlaut der TarO. mit Treu und Glauben zu vereinigen wäre.

Im vorliegenden Fall mußte das Wegegeld des Kl. somit so berechnet werden, als hätte er seinen Wohnsitz in K. beibehalten. Dieses Wegegeld hat der Kl. erhalten. Seine Mehrforderung ist unbegründet.

(RArbG., Urt. v. 2. Okt. 1942, RAG 74/42. — I ArbG. Köln.)

*

**** 28. RArbG. — § 2 ArbOG.; § 286 ZPO.**

**1. Wo im Baugewerbe ein Kleiderwechsel der Arbeiter üblich ist, bildet die Fürsorge des Unternehmers für die an der Arbeitsstelle abgelegten Sachen eine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis.**

**2. Das Herdfeuer in der für die Kleiderablage bestimmten Bauhütte muß sorgfältig überwacht bleiben.**

**3. Der Beweis für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und einem gefahrvollen Zustand oder Vorgang ist als geführt anzusehen, wenn der Schaden nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge auf den Zustand oder Vorgang zurückgeführt werden kann. Sache des Gegners ist demgegenüber der Nachweis, daß eine andere Schadenursache tatsächlich oder mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.**

**4. Eine weitergehende Verpflichtung des Unternehmers, die bei Arbeitsbeginn abgelegte Straßenkleidung der Gefolgschaft und deren nach Arbeitsschluß zurückgelassene Arbeitskleidung gegen Feuersgefahr zu versichern, kann nur den besonderen gewerblichen oder einzelbetrieblichen Verhältnissen entnommen, insbes. für einen Bezirk, wo sich eine solche Versicherung weitgehend eingebürgert hat, ohne Rechtsverstoß bejaht, wo diese Voraussetzung aber fehlt, verneint werden. †)**

Die verkl. Baufirma führte im Winter 1940/41 am I. K. Tiefbauarbeiten aus. Sie unterhielt dort eine Bauhütte, in der sich außer Holz und anderen Gegenständen auch einige Rollen Dachpappe, ein Korb mit etwa 1 Ztr. Holzkohlenteer und eine mit Schraubenverschluß versehene Kanne mit etwa 4 l Petroleum befanden. Die dortigen etwa 12—15 Arbeiter der Bekl., darunter der Kl., legten während der Arbeit ihre Straßenkleidung und ihr sonstiges Eigentum in der Hütte ab und nahmen in ihr während der Mittagspause das mitgebrachte Essen ein. Dies wurde auf einem alten Herd in der Hütte aufgewärmt und warmgehalten, auf dem auch der bei der Arbeit verwendete Teer gekocht wurde. Für die Bedienung des Feuers hatte der dazu vom Vorarbeiter B. besonders bestellte Arbeiter S. zu sorgen. Soweit nicht der Vorarbeiter in der Hütte noch schriftliche Arbeiten zu erledigen hatte, ließ man nachmittags das Feuer ausgehen, dann arbeitete S. auf der Baustelle mit. Die Hütte war verschließbar, blieb jedoch tagsüber offen. Den Schlüssel hatte der Vorarbeiter.

Am 23. Jan. 1941 brach einige Zeit nach der Mittagspause, als niemand anwesend, S. zum Holen von Brennholz fortgegangen war, in der Hütte Feuer aus, das sich so schnell verbreitete, daß nichts mehr gerettet werden konnte. Die von der Bekl. eingegangene Feuerversicherung hatte sich nicht auf die von den Arbeitern eingebrachten Sachen erstreckt.

Der Kl. berechnet den Wert seiner mitverbrannten Sachen auf 177,50 *RM* und hat mit der Klage diese Summe verlangt. Er vertritt die Ansicht, daß die Bekl., noch dazu bei der Lagerung leicht entzündlicher Stoffe in der Bauhütte, für eine ständige Bewachung der Hütte und die Mitversicherung seiner mitverbrannten Sachen habe Sorge tragen müssen, und hat sich für die Versicherungspflicht auf das Urteil RArbG. 26, 1 bezogen.

Die Vorinstanzen haben abgewiesen. RArbG. hob auf.

Wie die Gründe des vom Kl. angeführten Urteils des RArbG. v. 18. Nov. 1941 in ihrem Eingang darlegen, bildet dort, wo, wie im Baugewerbe, vor und nach der Arbeit ein Kleiderwechsel der Arbeiter üblich ist, die Fürsorge des Unternehmers für die an der Arbeitsstelle vor Beginn der Arbeit abgelegten und die dort nach der Arbeit zurückgelassenen Sachen — diese betraf der frühere, jene betrifft der gegenwärtige Rechtsstreit — eine Nebenverpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis. Dies wird heute nach § 2 ArbOG. von dem Grundsatz gegenseitiger Treue der Arbeitsparteien beherrscht, der jedoch für die inhaltliche Ausgestaltung der Fürsorgepflicht des Unternehmers allein nicht ausreicht. Inhalt und Umfang der Fürsorgepflicht sind gesetzlich nicht geregelt. Ist dies, wie im vorl. Falle, auch durch keine TarO. geschehen, so können sie in dem betr. Gewerbezweige allgemein oder doch in einem gewissen Bezirk durch Übung bestimmt worden sein. Fehlt es aber auch an solcher Übung, wie es das BG. für das Baugewerbe zutreffend annimmt, so lassen sie sich nur den besonderen Verhältnissen des im Einzelfall in Betracht kommenden Gewerbezweiges oder Betriebes entnehmen.

Ergeben diese im Rechtsstreit der Parteien, was der Kl. annimmt, das angef. Urteil aber im zweiten Teil seiner Begründung verneint, die Verpflichtung der Bekl., die auf die Baustelle eingebrachten Sachen ihrer Arbeiter gegen Feuersgefahr zu versichern, so erweist sich die ihrer Höhe nach unbestrittene Klageforderung ohne weiteres als begründet. Der Kl. würde mit der Versicherungssumme den eingeklagten Wert der Sachen erhalten haben, wäre also in dessen Höhe vor Schaden bewahrt geblieben. Es erübrigte sich dann eine Stellungnahme zu dem ersten Teil der Urteilgründe, in denen das BG. auch den der Bekl. gemachten Vorwurf zurückweist, schon das Abbrennen der in der Bauhütte aufbewahrten Sachen schuldhaft verursacht zu haben.

In dem zugunsten des klagenden Bauarbeiters entschiedenen früheren Fall, in welchem dessen nach Schluß der Arbeitszeit zurückgelassene, nicht versichert gewesene Arbeitskleidung verbrannt war, hatte der Unternehmer seiner Gefolgschaft für die Aufbewahrung ihrer Sachen einen Schuppen zur Verfügung gestellt, der auch nur aus Brettern leicht gebaut war. Damals hat das RevG. im Urteil betont, daß der Schuppen wegen seiner baulichen Beschaffenheit und des Mangels jeder Bewachung in viel höherem Maße als ein massives und bewachtes Fabrikgebäude der Gefahr eines Schadenfeuers ausgesetzt ist. Es hat deshalb eine Versicherung der im Schuppen zurückgelassenen Sachen gegen Feuersgefahr an sich als geboten angesehen; doch hat es daraus allein noch nicht die von ihm festgestellte Versicherungspflicht des Unternehmers hergeleitet. Erst das Hinzutreten weiterer besonderer Umstände hat das RevG. zu dem Schlusse veranlaßt, daß auf Grund der festgestellten Gesamtumstände die Verpflichtung des Unternehmers zur Eingehung einer Feuerversicherung für die im Schuppen verbrannten Sachen seiner Arbeiter vom BG. ohne Rechtsirrtum habe bejaht werden können. Der jetzt zu entscheidende Fall weist aber nicht nur mit denen des früheren übereinstimmende, sondern auch von ihnen abweichende Sonderheiten auf. Es bleibt daher zu untersuchen, ob nicht diesmal die Gesamtumstände den aus ihnen vom BG. gezogenen umgekehrten Schluß rechtfertigen, daß eine Versicherungspflicht des Unternehmers ohne Rechtsirrtum verneint werden durfte.

Ein Unterschied zwischen beiden Fällen ergibt sich schon daraus, daß, worauf das BG. hinweist, für eine gewisse Bewachung der abgebrannten Bauhütte Sorge getragen war. Der Arbeiter S. war bestellt worden, in ihr das Herdfeuer zu unterhalten und mithin auch zu überwachen. Zudem erledigte der Vorarbeiter B. nicht selten darin schriftliche Arbeiten, und war die Hütte ferner von der nahen Arbeitsstelle aus stets zu überblicken. Bedeutung für die Frage der Versicherungspflicht könnte dies alles freilich dann kaum beanspruchen, wenn die Arbeiter der Bekl. in der Hütte nur ihre während der Arbeitszeit abgelegte Straßenkleidung, aber nicht auch während der arbeitsfreien Zeit ihre Arbeitskleidung aufbewahrt, sondern diese nach Schluß der Arbeitszeit regelmäßig mit nach Hause genommen haben sollten und dies mit Wissen oder gar auf Weisung der Bekl. geschehen wäre. Eine Feststellung darüber ist nicht getroffen; deshalb mag der Unterschied unberücksichtigt bleiben.

Davon, daß der Abschluß einer Versicherung gegen Feuersgefahr im allgemeinen die Sache des Eigentümers der zu schützenden Gegenstände ist, geht jedenfalls das

RevG. auch in seinem früheren Urteil aus. Es führt aber in eingehender Würdigung der Versicherungsmöglichkeiten aus, daß für die große Zahl unverheirateter Gefolgschaftsmitglieder, die weder einen eigenen Hausstand haben, noch einem anderen angehören und außer den notwendigen Kleidungsstücken keine versicherbaren Vermögenswerte besitzen, bei dem häufigen Wechsel der Arbeitsstellen der Bauarbeiter und bei der Abneigung der Agenten gegen Bagatellversicherungen eine Versicherungsmöglichkeit praktisch nicht bestehe, daß es dagegen wenigstens größeren Unternehmungen ein leichtes sei, eine Pauschalversicherung für ihre Gefolgschaftsmitglieder zu nehmen. In Verbindung mit diesen Erwägungen ist es sodann zu der Feststellung gelangt, daß der damals verklagten Baufirma mit ihren etwa 5000 Gefolgschaftsmitgliedern nach ihrer Größe und dem Erfolg ihres Unternehmens die Aufwendung der mit einer Pauschalversicherung verbundenen Kosten und Arbeit auch zuzumuten gewesen ist, und nur auf Grund aller dieser Umstände hat es schließlich die seinerzeit vom BG. ausgesprochene Bejahung einer Versicherungspflicht der Bekl. als rechtsirrtumsfrei angesehen.

Nun kann schon zweifelhaft sein, ob die Frage der Zumutbarkeit für die jetzige Bekl. in gleicher Weise zu beantworten ist. Umfang und Einträglichkeit ihres Unternehmens sind nicht festgestellt worden. Offensichtlich steht es aber seiner Größe nach weit hinter dem Riesenunternehmen der früheren Bekl. zurück. Vor allem darf jedoch nicht übersehen werden, daß noch ein weiterer vom Sachverhalt des gegenwärtigen Rechtsstreits abweichender Umstand die frühere Entsch. des RevG. maßgebend mit beeinflußt hat. Das RevG. hat nämlich nach vorheriger Erörterung des Punktes später am Schlusse seines früheren Urteils noch einmal ausdrücklich hervorgehoben, daß in dem Landesteil Oldenburg, in welchem die damalige Bekl. ihren Sitz hatte und die Bauarbeiten ausführte, der Abschluß einer Feuerversicherung der gedachten Art durch den Unternehmer sich zwar noch nicht zu einer wirklichen Übung herausgebildet, sich aber doch schon im Kreise der Bauunternehmer, zumal der größeren und mittleren, in sehr weitem Umfange eingebürgert hatte. Im Gegensatz dazu hat im Bezirk Baden, dem die jetzige Bekl. angehört, nach der unwidersprochen gebliebenen Angabe ihres Inhabers, des Fachgruppenleiters des Bezirks, bisher, soweit bekannt geworden, noch keine einzige Baufirma das Einbringen ihrer Arbeiter auf die Baustelle mitversichert. Und dieser wichtige Unterschied rechtfertigt es, daß das BG. im vorl. Falle eine Versicherungspflicht der Bekl. verneint hat.

Eine ganz andere Frage ist es jedoch, ob nicht die Entstehung des Brandes, der die Hütte samt den darin abgelegten Sachen des Kl. vernichtet hat, auf ein schuldhaftes Verhalten zurückzuführen ist, welches der Bekl. zur Last fällt. Ihre Fürsorgepflicht erforderte, daß der von ihr für die Aufbewahrung der abgelegten Sachen ihrer Arbeiter zur Verfügung gestellte Raum auch eine hinreichende Sicherheit gegen Feuersgefahr bot. Eine leicht gebaute Bauhütte, wie sie allerdings mangels einer aus Stein errichteten Baulichkeit auf Baustellen während der Arbeitszeit ganz allgemein zur Unterbringung der gewechselten Kleidungsstücke der Gefolgschaft dient, verliert die verkehrserforderliche Sicherheit zwar nicht schon dadurch, daß ihrer Bestimmung gemäß auch Baustoffe in ihr gelagert werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich darunter, wie im vorl. Falle, einige Rollen Dachpappe, ein Korb mit Holzkohlenteer und eine ordnungsmäßig mit Schraubenschluß versehene Kanne Petroleum mit wenigen Litern Inhalt befunden haben. Sie besitzt sie aber nicht mehr, wenn in ihr eine offene Feuerstelle unterhalten wird. Mit der Feuerstelle bot die Bauhütte, für deren Zustand die Bekl. gegenüber ihrer Gefolgschaft verantwortlich war, für deren darin abgelegte Sachen nicht ohne weiteres noch eine ausreichende Sicherheit, und zwar um so weniger, als auf dem Herde auch Teer zum Gießen gekocht wurde und durch die dort gelagerten leicht entzündlichen Stoffe zum mindesten die Gefahr einer schnellen Ausbreitung eines auskommenden Schadenfeuers erhöht war. Dabei kommt es darauf nicht mehr an, daß die Lagerung dieser Gegenstände entgegen der Ansicht des BG. nach § 5 Abs. 14 der mit dem 1. Jan. 1939 in Kraft getretenen, zum Gesetz über die Unterkunft bei Bauten v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1234) ergangenen AusfVO. v. 24. Okt. 1938 (RGBl. I, 1516) auch unzulässig war, weil die Bauhütte zugleich zum Aufenthalt der Arbeiter während der Essenspause und wohl auch bei ungünstiger Witterung bestimmt gewesen ist. Derartige Unterkünfte (Tagesräume) umfaßt nämlich der Geltungsbereich der genannten AusfVO. nach Abs. 2 ihres § 1 ebenfalls, wogegen die durch sie ersetzte AusfVO. vom 10. Jan. 1935 (RGBl. I, 10) nur für Unterkunftsräume gegolten hat, die auch zum Schlafen dienten.

Es bedurfte also zur Herbeiführung der verkehrserforderlichen Sicherheit für die abgelegten Sachen der Gefolgschaft der Bekl. noch einer weiteren Sicherungsmaßnahme. Ausreichend war jedoch, daß für eine ebenfalls den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Überwachung der Feuerstelle während ihrer Benutzung Sorge getragen wurde. Solche im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht gelegene Bewachung brauchte die Bekl. selbstverständlich nicht persönlich auszuführen. Sie konnte sich dazu einer Hilfsperson bedienen, haftet jedoch nach § 278 BGB. für deren Verschulden.

Das BG. verneint nun aber eine Schadenshaftung der Bekl. schon deshalb, weil die Brandursache nicht habe aufgeklärt werden können. Es rechnet einerseits mit der Möglichkeit, daß einer der Arbeiter in der Hütte einen glimmenden Zigarrenstummel achtlos weggeworfen oder ein Kleidungsstück zu nahe dem Herd aufgehängt und dadurch den Brand verursacht hat. Andererseits sieht es als nicht einwandfrei erwiesen an, daß der Herd schadhaft gewesen oder eine Pfanne mit flüssigem Teer auf ihm stehengeblieben ist, oder daß der mit der Beaufsichtigung des Herdes betraute Arbeiter S. irgendwie nachlässig gehandelt hat. Damit hat es die Beweispflicht des Kl. überspannt. Die darauf gestützte Verfahrensrüge der Rev. ist nach § 286 ZPO. begründet.

Wenn das BG. nur von einem nicht einwandfreien Nachweis eines nicht ordnungsmäßig gewesenen Zustandes der Bauhütte oder einer von S. begangenen Nachlässigkeit in der Bewachung des Herdes spricht, so gibt es damit zu erkennen, daß es solchen Zustand oder solche Nachlässigkeit, mithin Umstände, für welche die Bekl. die Verantwortung trägt, für die nächstliegende und wahrscheinliche Ursache des Brandes hält. Die Bekl. selbst hat ja als nach der Beweisaufnahme sehr wahrscheinlich bezeichnet, daß der Brand von dem Topf mit dem heißen Teer ausgegangen ist, mag dieser noch auf oder schon neben dem Herd bei Ausbruch des Feuers gestanden haben, und hat ihre Überzeugung weiter dahin ausgesprochen, daß der Arbeiter S. durch Fahrlässigkeit bei der Betreuung des Herdfeuers den Brand hervorgerufen haben müsse. Sie hat nur rechtsirrtümlich angenommen, für die Nachlässigkeit des S. nicht verantwortlich zu sein und ihrer Fürsorgepflicht bereits dadurch genügt zu haben, daß ihr dabei für sie handelnder Vorarbeiter den S. mit der Sorge für das Herdfeuer beauftragt hat. Das BG. hat unter diesen Umständen unverkennbar die durch die Rspr. herausgebildeten Grundsätze des Anscheinsbeweises verletzt. Nach ihnen ist der Beweis für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und einem gefahrvollen Zustand oder Vorgang als geführt anzusehen, wenn der Schaden nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge auf den Zustand oder Vorgang zurückgeführt werden muß. Es ist dann Sache des Gegners, diesen Beweis durch Aufdeckung einer anderen möglichen Schadensursache zu erschüttern. Dazu genügt aber nicht der Hinweis auf die bloße Möglichkeit einer anderen Ursache, also im vorl. Fall nicht der Hinweis darauf, daß einer der Arbeiter, welche die Hütte zur Einnahme ihres Essens aufgesucht hatten, vor ihrem Verlassen einen glimmenden Zigarrenstummel achtlos weggeworfen haben kann, sondern es ist der Nachweis erforderlich, daß dies entweder tatsächlich geschehen ist oder dafür doch eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht.

Im übrigen könnte eine Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt und deshalb eine nach § 276 BGB. fahrlässige Unterlassung sich schon daraus ergeben, daß die Bekl. oder ihr Arbeiter S., wenn ein derart gefahrbringendes Verhalten etwa leichtsinniger jugendlicher Arbeiter zu befürchten gewesen oder gar beobachtet wäre,

dagegen keinerlei Maßnahmen getroffen und die Arbeiter nicht wenigstens ernstlich verwarnt hätte. Ebenso verkennt das BG. den Umfang der verkehrserforderlichen Sorgfalt, insofern es annimmt, daß S., als er die Bauhütte nach der Essenspause als letzter verließ, es ohne Fahrlässigkeit habe übersehen können, daß in gefährlicher Nähe des Herdfeuers ein Kleidungsstück gehangen oder gar der Topf mit dem siedenden Teer gestanden hat. Die mit der Betreuung des Herdfeuers dem S. aufgetragene Fürsorge für die Feuersicherheit der Hütte erforderte, daß er auf solche Gefahrenumstände achtgab und sie vor Verlassen der Hütte beseitigte.

(RArbG., Urt. v. 3. Juli 1942, RAG 48/42.) [He.]

**Anmerkung:** 1. Die Entsch. bietet vorzügliche Anknüpfungspunkte für die mit der unmittelbaren Treupflichtgestaltung zusammenhängenden Fragen. Wiederholt lehnte das RArbG. die Herleitung unmittelbarer Ansprüche aus der Unternehmertreue (Fürsorgepflicht des § 2 ArbOG.) ab (RArbG. 15, 46; 16, 151; 19, 285; 20, 151; ArbRSamml. 32, 147; 36, 14), während es anderswo die Treu- und Fürsorgepflicht unbedenklich zur unmittelbaren Anspruchsgestaltung heranzieht (RArbG. 18, 357; 20, 281; 21, 241; 23, 46; ArbRSamml. 28, 57 u. 307/8; 31, 210; 33, 199; 36, 16; 37, 407; 41, 60). Die wesenseigentümliche Ordnung der arbeitsrechtlichen Gemeinschaft überwindet auch diese Unsicherheit. Sie fordert zwingend, daß jeder Gemeinschaftsangehörige mit allen denjenigen Einzelrechten ausgestattet wird, deren er mindestens bedarf, um seine Pflichtrechtsstellung innerhalb der Arbeitsgemeinschaft sinnvoll, aufgabengemäß, mitverantwortlich auszufüllen. Die Ausstattungspflicht trifft diejenigen anderen Gemeinschaftsglieder, die hierzu fähig sind, insbes. im Rahmen seiner Fürsorgepflicht den Unternehmer. Blick und Rücksicht auf den Treuempfänger gestalten so die Treupflicht (ähnlich Dietz, „Festschr. f. Hedemann", S. 333) und verschaffen ihm, wo die „positive", besser mittelbare Gestaltung (Gesetz, Gewohnheitsrecht, Tarif, Betriebsordnung, Einzelabrede usw.) schweigt oder versagt, auf unmittelbarem Wege die ihm unerläßlich einzuräumende, nach Einzelfall und Zeit zugestufte Mindest- oder Minimalrechtsstellung (vgl. Loschke: DArbR. 1938, 252; 1941, 39; Arbeitsrecht 1941, 17; sinngemäß übereinstimmend der „Pflichtinhalt des Arbeitsverhältnisses" bei Siebert, „Zur konkreten Ordnung des Betriebes", 2. Aufl., 1942, 67).

Dabei kann diese Minimalgestaltung noch in dem größeren Zusammenhange einer allgemein anwendbaren Methode der „Blankettausfüllung durch Minimalgestaltung" gesehen werden (Beispiele: Vertretervorvertrag: ArbRSamml. 35 [RArbG.], 53; Mindestausbildung bei Siebert, „Entw. eines Ges. über die Berufserziehung", 1942, 158; nachwirkende Minimaltreue bei Dietz a. a. O. S. 334).

Diese strenge Begrenzung der Rechtsauswahl entkräftet die Vorwürfe der Fürsorgeinflation (RArbG. 16, 151) und „Gefühlsjustiz" (Lersch: SozPrax. 1940, 39).

Die Minimalgestaltung billigt dem Treuempfänger die notwendigen Einzelrechte dem Grunde nach zu, z. B. dem Gefolgsmanne die Möglichkeit diebes- und feuersicherer Eigentumsablage (= Eigentumsfürsorge; s. a. Dersch: AkadZ. 1936, 1039; Hueck, „Festschr. f. Hedemann", S. 318; Loschke: DArbR. 1938, 310; § 70 ArbVerhG.). Einzelinhalt und Umfang gewinnen diese Rechte dann von schon vorhandenen, vergleichbaren, „benachbarten" Rechtsgestaltungen (Loschke: DArbR. 1941, 39; § 75 ArbVerhG.), insbes. auch von einer (noch nicht gewohnheitsrechtlichen) Übung (die gewohnheitsrechtliche Übung wäre selbst Anspruchsgrundlage); auf diese Weise kann sich für die Eigentumsfürsorge eine über die Minimalhaftung für eigenes Verschulden hinausgehende Pflicht ergeben, auch Zufallsschäden durch Versicherung zu decken.

Im vorl. Falle macht das RArbG. die Eigentumsfürsorge des Unternehmers für die notwendig abgelegte Kleidung der Gefolgschaft erfreulicherweise zur festen Regel, woraus sich die Überwachung etwaiger Feuerstellen in der Nähe dieser Kleidung und die Haftung für hierbei zutage tretende Nachlässigkeiten der Erfüllungsgehilfen von selbst ergeben.

Mit Recht macht dagegen das RArbG. die (weitergehende) Versicherungspflicht hier wie schon RArbG. 26, 1 von besonderen Umständen abhängig (bezirkliche Übung, Garderobeverwahrung außerhalb der Arbeitszeit, wirtschaftliche Tragbarkeit).

2. Die Grundsätze für den Anscheinsbeweis entsprechen der RArbG.-Rspr. zu § 618 BGB. (ArbRSamml. 18, 151; 18, 328; 23, 213; 24, 169; 26, 123; 28, 109; 28, 126; 30, 231; 44, 272).

LGDir. Dr. Johannes Loschke, Leipzig.

*

**29. RArbG. — § 2 Ges. zur Ordnung der Arbeit in öffentl. Verwaltungen u. Betrieben v. 23. März 1934 (RGBl. I, 220); § 826 BGB.; § 3 TarO. A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst v. 1. April 1938 (RArbBl. VI, 475). Die Einstufung eines Gefolgschaftsmitgliedes in eine der verschiedenen Vergütungsgruppen der TarO. A liegt, wie in ständiger Rechtsprechnug betont, grundsätzlich ausschließlich im pflichtmäßigen Ermessen der zuständigen Stelle des Betriebes. Ersatzansprüche wegen unzureichender Einstufung können nur darauf gestützt werden, daß sich diese Stelle eines groben Ermessensmißbrauches und damit einer unerlaubten Handlung oder einer Verletzung ihrer Fürsorgepflicht schuldig gemacht habe.**

**Fällt die Tätigkeit eines Gefolgschaftsmitgliedes zu einem Teil in die eine, zum anderen in eine zweite Vergütungsgruppe, so entscheidet über die Einstufung die überwiegende Tätigkeit. Die gelegentliche Übertragung wissenschaftlicher Arbeiten von zeitlich geringem Umfang kann die Einstufung nicht beeinflussen.**

Mit Streitigkeiten über die richtige Einstufung von Angestellten des öffentlichen Dienstes in die Vergütungsordnung der TarO. A war das RArbG. bereits wiederholt befaßt. In ständiger Rpr. hat es den Standpunkt eingenommen, daß nach § 3 Abs. 2 TarO. A sowohl die erstmalige Einstufung als auch eine spätere Höhergruppierung grundsätzlich im pflichtmäßigen, gerichtsseitig nicht nachprüfbaren Ermessen des Führers der Verwaltung oder des Betriebes oder der von ihm dazu ermächtigten Stelle steht und daß ein Gehaltsunterschied aus einer von einem Angestellten erstrebten höheren Vergütungsgruppe, die ihm von der maßgebenden Stelle versagt wird, in Gestalt eines Schadensersatzes aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (§ 826 BGB.) oder der Fürsorgepflichtverletzung (§ 2 ArbOGÖ.) nur dann zuerkannt werden kann, wenn die vorgenommene Eingruppierung so offensichtlich unrichtig ist, daß sie sich als grober Ermessensmißbrauch darstellt (RArbG. 22, 330 ff.).

In Berücksichtigung dieser Rspr. hat der Kl. seinen Anspruch auf das höhere Gruppengehalt damit zu begründen versucht, in der Versagung der von ihm erstrebten Vergütungsgruppe III liege ein offensichtlicher Ermessensmißbrauch, ein Verstoß gegen Treu und Glauben und eine grobe Verletzung der Fürsorgepflicht.

Die Vergütungsgruppe führt unter der Gruppe III (Tätigkeitsmerkmale) an erster Stelle „wissenschaftliche und technische Angestellte mit abgeschlossener Hochschulbildung mit entsprechender Tätigkeit" an, während unter Vergütungsgruppe IV u. a. „technische Angestellte mit abgeschlossener technischer Mittelschulbildung mit langjähriger Erfahrung und besonders schwieriger und verantwortlicher Tätigkeit sowie gleichartige Kräfte mit entsprechender Tätigkeit" genannt sind. Der Kl. glaubt, daß er die genannten Tätigkeitsmerkmale der Gruppe III erfüllt. Er hat zwar eingeräumt, daß es seine Hauptaufgabe ist, die Untersuchung und Beurteilung von Gasgeräten, wie Warmwasserapparaten, Heizöfen usw., in technischer Richtung nach den Prüfnormen des Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern einschließlich der Anfertigung des Prüfberichtes auszuführen. Er hat dabei nicht bestritten, daß diese Tätigkeit eine solche ist, die in „rein schematischer Routinearbeit" von einfachen Technikern oder auch eingearbeiteten Laboranten selbständig erledigt werden kann und daher in die Vergütungsgruppe III fällt. Den Vorwurf offensichtlichen Ermessensmißbrauchs bei seiner Eingruppierung und einer groben Fürsorgepflichtverletzung hat der Kl. aber aufrechterhalten mit der Behauptung, daß er sich neben seiner „ständigen", „normalen Tätigkeit", auch noch wissenschaftlich zu betätigen habe, wenn sich dazu Gelegenheit biete. Dazu hat er insgesamt vier Fälle aus den Jahren 1938 bis 1941 angeführt,

in denen er sich wissenschaftlich habe betätigen müssen, nämlich: Anfang 1938 bei der Beurteilung eines technisch-wissenschaftlichen Buches, im März 1938 bei Prüfung der Luftverhältnisse in einem Baderaum, im Oktober 1940 bei Versuchen an einem Strebel-Kessel mit Vorfeuerung mit Koksgrut und im August 1941 bei Versuchen an einem Apparat für Dichtungsmessung mit Studium der einschlägigen Literatur.

Das BG. hat festgestellt, daß der Hauptteil der Tätigkeit des Kl. keine abgeschlossene Hochschulbildung erfordert. Es hat ausgeführt, daß „selbst nach allgemeinen tarifrechtlichen Grundsätzen unter Außerachtlassung der besonderen Bestimmungen für öffentliche Betriebe" die geforderte Höhergruppierung des Kl. nur dann gerechtfertigt sei, wenn „für mehr als 50% seiner Tätigkeit" die Voraussetzungen der Gruppe III vorlägen. Die nur gelegentlich übertragenen wissenschaftlichen Arbeiten von zeitlich geringem Umfang könnten die erstrebte Einstufung nicht rechtfertigen. Wenn die direkten Vorgesetzten des Kl. für ihn die Gruppe III vorgeschlagen hätten, so ergebe sich daraus auch, daß nicht etwa persönliches Übelwollen gegen ihn ausschlaggebend gewesen sei. Die Versagung der Höhergruppierung lasse jedenfalls einen Ermessensmißbrauch nicht erkennen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe sind nicht begründet. Sie wenden sich zunächst gegen die „50%-Rechnung", können damit jedoch keinen Erfolg haben. Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 TarO. A soll die Einreihung nach der „überwiegenden" Tätigkeit des Gefolgschaftsmitgliedes erfolgen. Von einem Überwiegen der wissenschaftlichen Tätigkeit oder dem Überwiegen einer Tätigkeit, die volle Hochschulbildung voraussetzt, kann aber beim Kl. nach dessen eigenem Vorbringen nicht die Rede sein. Keinesfalls rechtfertigt das Vorbringen die Annahme eines offensichtlichen Ermessensmißbrauchs oder einer groben Fürsorgepflichtverletzung, worauf es allein ankommt.

Auch die weiteren Ausführungen der Revision zu der angeblich „offensichtlich verkehrten" Einreihung des Kl. lassen einen Rechtsirrtum des BG. nicht erkennen. Die Bekl. sieht sich gerade im Hinblick auf die tatsächlichen Leistungen des Kl. außerstande, ihm das Gehalt der Gruppe III zu gewähren. Zur Begründung des Anspruchs auf das Gehalt dieser Gruppe als Schadensersatz genügt es nicht schon, wenn dargetan wird, daß nach den in der Vergütungsordnung festgelegten Tätigkeitsmerkmalen eine andere Eingruppierung zu rechtfertigen wäre, erforderlich ist vielmehr ein offenbarer, grober Verstoß gegen die Eingruppierungsgrundsätze, wovon aber hier nicht gesprochen werden kann. Aus der Tatsache, daß die Werkleitung seinerzeit eine Einreihung des Kl. in die Gruppe III vorgeschlagen, die Bekl. aber dem Vorschlag nicht entsprochen hat, kann keineswegs ohne weiteres auf eine den Schadensersatzanspruch rechtfertigende Fürsorgepflichtverletzung oder ein sittenwidriges Verhalten der Bekl. geschlossen werden (RArbG. 23, 235).

(RArbG., Urt. v. 23. Okt. 1942, RAG 94/42. — LArbG. Berlin.)

*

**30. RArbG. — § 3 VO. über Änderungen des gewerbegerichtlichen Verfahrens in der Ostmark und des arbeitsgerichtlichen Verfahrens im Reichsgau Sudetenland und in den in die Reichsgaue Niederdonau und Oberdonau eingegliederten sudetendeutschen Gebieten v. 19. Dez. 1939 (RGBl. I, 2452); §§ 9, 13, 52, 43 RAGebO. Einem Anwalt des Altreichs, der in einer Arbeitsstreitigkeit aus den in der VO. v. 19. Dez. 1939 genannten Gebieten nur die Vertretung in einer mündlichen Verhandlung vor dem RArbG. wahrnimmt, steht außer der aus §§ 9, 13, 52 RAGebO. zu berechnenden Verhandlungsgebühr noch eine halbe Prozeßgebühr nach § 43 RAGebO. zu.**

(RArbG., Urt. v. 27. Nov. 1942, RAG 87/42.) [He.]

**** 31. RArbG. — § 93 Tschechosl. SozialversicherungsG. (Kundmachung des Min. f. soziale Fürsorge v. 25. Juli 1934 [SdGuV. Nr. 189]); § 29 Dienst- und DisziplinarO. für die Angestellten der Vereinigung deutscher Krankenversicherungsanstalten in der Tschechosl. Republik. Die Abfertigung, welche einem definitiven Angestellten der Vereinigung deutscher Krankenversicherungsanstalten in der Tschechoslow. Republik gebührte, wenn wegen Einschränkung der Verbandstätigkeit sein Dienstverhältnis aufgelöst wurde, steht ihm auch dann zu, wenn die Vereinigung durch behördliche Verfügung aufgelöst wird und dadurch die gänzliche Einstellung der Verbandstätigkeit herbeigeführt wird.**

(RArbG., Urt. v. 27. Nov. 1942, RAG 65/42.) [He.]

## Reichsverwaltungsgericht

### Reichskriegsschädenamt

**32. RVG. (RKA.) — § 4 Abs. 1 u. 4 KSSchVO. Unkosten des Geschädigten für die eigene Überwachung der durch Dritte vorgenommenen Schadenbeseitigung sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig [1]).**

Es trifft zwar zu, daß der SpruchSen. in seiner von der Antragstellerin angezogenen Entscheidung RKA/I 15/41 (DtVerw. 1942, 240 = DR. 1942, 1248; RVerwBl. 63, 312) die Frage, ob ein gewerbliches Unternehmen, das die in seinem Betrieb eingetretenen Kriegssachschäden unter Einsatz eigener Arbeitskräfte selber beseitigt, im Rahmen der nach der KSSchVO. zu gewährenden Entschädigung auch die Erstattung der anteiligen allgemeinen Verwaltungskosten beanspruchen kann, bejahend beantwortet hat. In dem hier zur Entscheidung stehenden Falle hat aber die Antragstellerin die Aufträge zur Beseitigung der Sachschäden an Dritte vergeben. Fremde Unternehmer und fremde Arbeiter haben die Ausbesserungsarbeiten ausgeführt. In einem solchen Fall, wo also im allgemeinen der fremde Unternehmer die Tätigkeit seiner Arbeiter selber beaufsichtigen muß und hierfür bereits entsprechende Verwaltungskostenbeträge in Ansatz bringt, hat der Senat die dem Geschädigten durch eigene Überwachung der Schadensbeseitigung entstehenden Kosten in der Regel für nicht erstattungsfähig erklärt (vgl. die Entsch. des Senats v. 12. März 1942, RKA/I 51/41: DtVerw. 1942, 241 = DR. 1943, 205; RVerwBl. 63, 312/13). Nach dieser Entsch. können solche Überwachungskosten ausnahmsweise nur dann entschädigt werden, wenn der Umfang oder die Eigenart des Schadens oder die besonderen Verhältnisse die Beauftragung eines Dritten mit dieser Verwaltungstätigkeit erfordert haben. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Die durch Feindeinwirkung verursachten Sachschäden sind zwar an mehreren Grundstücken der Antragstellerin entstanden, sie sind auch nicht nur geringfügiger Natur gewesen. Immerhin waren es im einzelnen durchweg leichtere Schäden, wie sie bei Fliegerangriffen immer wieder auftreten, und sie waren ohne besondere Schwierigkeiten festzustellen und durch verhältnismäßig einfache Arbeiten zu beheben. Ein anderer Geschädigter, der über einen eigenen Architekten nicht verfügte, würde deshalb in einem solchen Falle einen Architekten nicht hinzugezogen haben. Jedenfalls wäre seine Hinzuziehung nicht geboten gewesen und die etwa dadurch entstehenden Kosten hätten ihm also nicht ersetzt werden können. Ebensowenig können entsprechende Kosten der Antragstellerin erstattet werden, zumal sie ihren eigenen Architekten für seine überwachende Tätigkeit nicht besonders hat bezahlen müssen.

(RVG. [RKA.], I. SpruchSen., Beschl. v. 25. Nov. 1942, RKA/I 69/42.) [We.]

[1]) Der Präs. d. RVG. (RKA.) hat diese Entscheidung durch RdVerf. v. 25. Nov. 1942 — RKA/Pr 1090/42 — (DtVerw. 1943, 22) den Feststellungsbehörden zur Kenntnis gebracht. D. E.

Hauptschriftleiter (i. N.): Rechtsanwalt Dr. Helmut Seydel; Stellvertr.: Rechtsanwalt Erich Schmidt. Mitarbeiter: Rechtsanwälte Rudolf Hensen und Rudolf Leppin (z. Z. Wehrmacht) und Ministerialrat Otto Rietzsch, alle in Berlin. — Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II Ruf: 213718. — Bezugspreis: vtlj. RM. 7,50, Vorzugspreis für junge Rechtswahrer vtlj. RM. 6,—, Einzelheft RM. 1,—. Bezugsbestellung: Deutscher Rechtsverlag GmbH., Leipzig C 1, Inselstraße 10 bzw. zust. Postamt oder nächste Buchhandlung. — Anzeigenleiter: i. V. Heinz Helmuth Gieske, Berlin; Anzeigenabteilung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II Ruf: 224086. Verlag: Deutscher Rechtsverlag GmbH., Berlin W 35, Hildebrandstr. 8 Ruf: 224054; Leipzig C 1, Inselstraße 10 Ruf: 72566. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — z. Z. gilt Anzeigenpreisliste Nr. 2.




# Das neue Mutterschutzgesetz

Das bisherige einzige Erläuterungswerk des neuen Gesetzes zum Schutze der erwerbstätigen Mutter vom 17. Mai 1942 mit amtlicher Begründung, Ausführungsverordnung und sonstigen Schutzbestimmungen. Bearbeitet von Assessorin H. Backendorf. Mit einem Geleitwort der Reichsfrauenführerin Frau Scholtz-Klink.

130 Seiten RM 3.60 kart.

Es ist unter Mitwirkung des Frauenamtes der Deutschen Arbeitsfront entstanden und hat die reichen Erfahrungen und das vorhandene Material der am Mutterschutzgesetz beteiligten Stellen verwertet. — Das Werk will die richtige Anwendung des Mutterschutzgesetzes beim Arbeitseinsatz der Frau fördern und beantwortet die Zweifelsfragen, die seit Erlaß des Gesetzes den beteiligten Stellen zugegangen sind. — Der Kommentar ist daher wichtig für alle Parteidienststellen, Behörden, Organisationen, Betriebe, wo Frauen wirken oder betreut werden und für die schaffende Frau selber.

Zu beziehen durch den Buchhandel oder direkt vom Verlag



**Deutscher Rechtsverlag G.m.b.H. · Berlin/Leipzig/Wien**
**Berlin W 35, Hildebrandstraße 8**
Auslieferung für Alpen- und Donaugaue, Sudetenland: Deutscher Rechtsverlag G. m. b. H., Wien I, Riemergasse 1

# Das neue Grunderwerbsteuergesetz
## vom 29. März 1940

unter Berücksichtigung sämtlicher Erlasse, Anweisungen und der neuesten Literatur
**2. Auflage**
Kommentar von Dr. jur. **Otto Hartel**

171 Seiten RM 5.70 kart.

Zu beziehen durch den Buchhandel oder direkt vom Verlag



**Deutscher Rechtsverlag G.m.b.H. · Berlin · Leipzig · Wien**
Berlin W 35, Hildebrandstraße 8
Auslieferung für Alpen- und Donaugaue, Sudetenland: Deutscher Rechtsverlag G. m. b. H., Wien I, Riemergasse 1




**Werdet Mitglied der NSV.**

## *Wir kaufen zurück:*

### Deutsches Recht, Ausgabe A

**1943:** Hefte 1/2 und 5
**1942:** Hefte 1/2 bis 9, 14/15, 23 u. 41/42
**1941:** Hefte 1, 3, 4, 5, 7, 9, 44, 45/46 und 49
**1940:** Hefte 3, 6, 7 und 8
**1939:** Heft 42.

**Preis je M. —.75**
**zuzügl. Portokosten**

Zusendung erbeten an:
**Deutscher Rechtsverlag G.m.b.H.**
Zweigniederlassung **Leipzig C 1,** Inselstraße 10

# Arienheller
Weltbekanntes Mineralwasser

**DETEKTEI HINDENBERG Auskunftei**
**BERLIN W 30/11, Nürnberger Str. 29/30, Fernruf: 243434 u. 243480**
Von bekannten Anwälten u. Juristen ständig in Anspruch genommenes Büro für die Erledigung vertraulicher Angelegenheiten. Beschaffg. von unbedingt verläßlichem Beweismaterial durch unauffällige Beobachtungen und geheime Ermittelungen in allen Fällen des Zivil- und Strafrechts. Wahrg. wirtschaftl. und industrieller Interessen, Nachforschungen, Beschaffung von Urkunden etc., sowie ausführl. Spezialberichte über Personalien, Herkunft, Vorleben, Lebenswandel, Einkommen und Vermögenslage usw. allerorts. Unverbindliche Vorbesprechung.



KASSEL

# HOTEL FÜRSTENHOF



*Paul: „Fein! Drei Päckchen für mich, das größte natürlich von der Mutter."*



*Peter: „Ihr könnt lachen, an mich hat dieses Mal niemand gedacht."*
*Paul: „— O doch, — meine Mutter!"*



*„Zwei kleine Schachteln WYBERT, obwohl sie schwer aufzutreiben sind. Die eine für Dich, weil Du öfters Husten hast. Aber geh sparsam damit um!"*




*Schon wenig WYBERT wirken viel.*

## Offene Stellen

**Kriegsvertreter** für lebhafte Praxis **gesucht.** RA. u. Notar Rudolf Habermann, Eberswalde, Alsenplatz 1, Fernruf 3017.

**Kriegsvertreter** für größere Anwalts- und Notariatspraxis möglichst bald **gesucht.** Eingearbeiteter Bürovorsteher vorhanden. Dr. Baustaedt und Dr. Behrens, Rechtsanwälte und Notare, Lüneburg, An den Brodbänken 1 A.

**Kriegsvertretung** von Rechtsanwalt (u. Notar) in Südwestdeutschland von erfahrenem Juristen (52 Jahre) **gesucht.** Angebote unter **A. 3294** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Kriegsvertreter** für Anwalt- und Notarpraxis **gesucht.** Evtl. spätere Assoziation möglich. Angebote unter **A. 3305** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverl., Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Vertretung** für Anwalt und Notar auf 2 bis 3 Monate wegen Krankheitsfall **gesucht.** Dr. Martini, Berlin-Neukölln, Bergstraße 161.

Wegen meiner demnächstigen Einberufung zur Wehrmacht **suche** ich militärdienstfreien **Anwalts- und Notariatsvertreter** für meine Praxis in schlesischer Mittelstadt in schönster Umgebung. – Gutes Büro vorhanden. Rechtsanwalt und Notar Dr. Pajonk in Grünberg/Schlesien.

Großunternehmen der chemischen Industrie **sucht** für die Rechtsabteilung seines größten Werkes in Süddeutschland **Volljuristen.** Bewerbungen mit Lebenslauf, Lichtbild und Angabe des Prädikats der bestandenen Examen unter **A. 3274** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Volljurist,** evtl. auch **Referendar,** firm in Buchführung und Bilanz (Vorbedingung!), Steuerfachmann evtl. jung. Wirtschaftsprüfer, gesellschaftlich sehr gewandt, von über 60jähr. Steuerberater (Dr. jur., ehemal. Reg.-Rat, z. Zt. beurlaubter Major d. Res.) in mitteldeutscher Stadt **gesucht.** Zunächst längere Zeit auf Probe, evtl. später Praxisübernahme. Bewerbungen mit Lebenslauf, evtl. Zeugnisabschriften, Angabe der wirtschaftl. und Militärverhältnisse, Lichtbild, Gehaltsansprüche (die in Anbetracht der außerordentl. Zukunftsmöglichkeiten nur gering zu bemessen sind) und früheste Eintrittsmöglichkeit erbeten unter **A. 3303** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Jurist(in),** 2. Staatsexamen nicht unbedingt erforderlich, zur Unterstützung des Syndikus eines sächsischen Großunternehmens **gesucht.** Hochinteressante und vielseitige Tätigkeit auf allen Gebieten des Rechts und der betrieblichen Verwaltung eines vielseitigen und weitverzweigten Unternehmens. Angebote unter **A. 3306** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Älterer oder jüngerer Vertreter** – Assessor – in meine Anwalts- und Notariatspraxis für die Dauer meiner Einberufung zum Heeresdienste für sofort oder später **gesucht.** Angebote mit Gehaltsansprüchen an Rechtsanwalt und Notar Kascha, Rosenberg (O.-Schles.).

**Volljurist** für Steuerabteilung eines industriellen Großunternehmens mit guten Zeugnissen und längerer Tätigkeit auf Steuergebiet zum alsbaldigen Eintritt **gesucht.** Bewerbung mit Lebenslauf, Lichtbild, Zeugnisabschriften und Gehaltsansprüchen sowie Angabe des Wehrmachtsverhältnisses unt. **A. 3291** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Berliner Verlag sucht 2 Juristen** für redaktionelle Arbeiten. Bewerber mit schriftstellerischen Erfahrungen auf wirtschaftsrechtlichem Gebiet erhalten den Vorzug. Keine Heimarbeit, jedoch ist Halbtagsbeschäftigung möglich. Die Tätigkeit ist auch für ältere Herren und Kriegsversehrte geeignet. Angeb. unt. **U. 9044** an **Ala,** Berlin W 35.

**Volljurist(in)** oder **Referendar(in)** in größerer Anwaltspraxis sofort oder später in Hamburg **gesucht.** Rechtsanwälte Dres. Wendt u. Schacht, Hamburg-Altona, Allee 91 I.

**Bürovorsteher(in)** für größeres Büro **gesucht.** Rechtsanwalt u. Notar Fricke, Liegnitz, Niederschlesien, Ring 38, Fernruf: 1418.

**Bürovorsteher(in) gesucht** für das juristische Büro eines westdeutschen Montankonzerns, erfahren im Grundstücks-, Steuer-u. Versicherungswesen. Angebote unter **A. 3296** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Für Nur-Notariat in Oppenheim i. Rh. zum 1. April 1943 **suche** ich anläßlich meiner Versetzung einen befähigt. und erfahrenen **Bürovorsteher oder Bürovorsteherin.** Wilhelm Roth Rechtsanwalt u. Notar, Brandenburg (Havel).

**Erste Kraft** [**Bürovorsteher(in), Sekretärin**] in Vertrauensstellung für Rechtsanwalt- u. Notarbüro **gesucht.** Zuschriften mit Gehaltsangaben unter **A. 3216** an die Anzeigen-Abteilung, Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Tüchtige Fachkraft,** möglichst sofort, **gesucht** sowie Lehrling. Rechtsanwalt und Notar Dr. Rudolf Mäder, Berlin NW 40, Rathenower Straße 2. Tel. 35 23 23.

**Dr. Oskar Möhring,** Rechtsanwalt und Notar, **sucht Sekretärinnen** zum sofortigen Eintritt. Durchgehende Arbeitszeit. Charlottenburg, Kantstraße 4, Ecke Joachimstaler Straße.

**Sekretärin,** gewandt und arbeitsfreudig, für die Rechtsabteilung eines bedeutenden Industrieunternehmens in Berlin **gesucht.** Bewerbungen mit Lichtbild und üblichen Unterlagen erbeten unter **A. 3308** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Sekretärin** für Leiter der Rechts- und Steuer-Abteilung eines Konzerns in Berlin **gesucht.** Angebote nur erster Kräfte mit Angabe des Eintrittstermins unter **A. 3311** an die Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Anwaltsstenotypistin** über 21 Jahre in Dauerstellung für Praxis in Riga sof. **gesucht.** Bildofferten an Rechtsanwalt und Notar Dr. Stolte, Berlin NW 7, Friedrichstraße 103, Tel. 16 74 96.

**Tüchtige Fachkraft** – Bürogehilfin – für Rechtsanwaltschaft und Notariat **gesucht.** Rechtsanwalt und Notar Rudolf Habermann in Eberswalde, Alsenplatz 1.

**Dr. Oskar Möhring,** Charlottenburg, Kantstr. 4, Ecke Joachimstaler Str., **sucht Sachbearbeiter** für Vermögensverwaltungen (Buchhaltung, Rechnungswesen, Steuerbearbeitung) zum baldigen Eintritt. Selbständige Stellung, durchgehende Arbeitszeit.

Für das Büro der Rechtsabteilung eines großen norddeutschen Industriewerkes wird **Sachbearbeiter** (evtl. Sachbearbeiterin) **gesucht,** der mit allen Arbeiten eines Bürovorstehers in einem Anwalts- und Notariatsbüro vertraut ist und auch über Kenntnisse der wichtigsten Bestimmungen des Arbeitsrechts verfügt. – Bewerber, die verhandlungsgewandt und erfahren im Verkehr mit Behörden sind, werden gebeten, sich unt. Einsendung von Lebenslauf, Bild, Zeugnissen, sowie Angabe ihres Wehrdienstverhältnisses u. ihrer Gehaltsansprüche zu melden mit Kennzifferangabe **740** unter **C. P. 229/71** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Juristischer Sachbearbeiter Kenn-Nr. K 18/1** (Referendar, Bürovorsteher oder dergl., auch Dame,) für Rechtsabteilung eines bedeutenden Montanunternehmens in Berlin in entwicklungsfähige Stellung sofort **gesucht.** Bewerbungen mit Lebenslauf, Zeugnisabschriften, Lichtbild und Gehaltswünschen erbet. unt. ob. Kenn-Nr. unter 10/M054 (unbedingt angeben) unter **A. 3298** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Dr. Oskar Möhring,** Rechtsanwalt und Notar, **sucht Anfänger(in)** für Bürotätigkeit. Charlottenburg 2, Kantstr. 4, unmittelbar am Bahnhof Zoo.

## Gesuchte Stellen

Erfahrener Rechtsanwalt und Notar übernimmt **Kriegsvertretung** in Hamburg o. Berlin. Angebote unter **A. 3300** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag Berlin W 35, Lützowufer 18.

Rechtsanwalt mit zehnjähr. Praxis, Dr. jur., auch Steuerberater, **sucht** entsprechenden Wirkungskreis (als **Syndikus** o. a.) in Wirtschaft od. Industrie, auch in Frankreich. Angebote unter **A. 3302** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Rechtsanwalt, 43 Jahre, **sucht** nach Entlassung aus dem Wehrdienst sofort anderen Wirkungskreis in Industrie, Handel oder Verwaltung, auch im Osteinsatz. Angebote unter **A. 3290** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Assessorin,** Dr. jur., gr. Staatspr.: lobenswert, **sucht** geeignete, ausbaufähige Stellung. Angebote mit Anstellungsbedingungen unter **A. 3292** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Assessor,** Dr. jur., kriegsversehrt, **sucht Kriegsvertretung** in West- oder Südwestdeutschland. Möglichkeit späterer Assoziierung erwünscht. Angebote unt. **A. 3293** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Bürovorsteher,** I. Kraft, seit 1905 im Fach, **sucht** selbständige **Stellung,** auch im Osten. Angebote unter **A. 3295** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverl., Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Anwalts- u. Notargehilfin,** 20 Jahre, **sucht** passende **Stellung** zum 15. 4. 43. Gute Zeugnisse vorhanden. Angebote mit Gehaltsangabe erbeten unt. **A. 3289** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverl., Berlin W 35, Lützowufer 18.

Älterer, in Köln ansässiger Buch- und Steuerberater **übernimmt Arbeit** verhinderter Kollegen. Anfragen unter **A. 3301** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

## Bekanntmachungen verschiedener Art

**Praxisverlegung!** Meine Büroräume befinden sich jetzt: Berlin W 35, Potsdamer Straße 41, Telefon 22 38 34. Dr. Dr. Heinrich Megow, Berlin, Rechtsanwalt und Notar.

Alteingeführte, bis vor kurzem voll ausgeübte **Rechtsanwalts- und Notariatspraxis** eines gefallenen Berufskameraden in Kreisstadt Ostpreußens kann ab sofort übernommen werden. Anfragen erbittet umgehend Dr. Land, Tilsit.

Rechtsanwalt und Notar (Berliner Vorort) wünscht **Übernahme anderweiter Praxis,** am liebsten See oder Gebirge. Hauskauf erwünscht. Angebote unter **A. 3282** an Anzeigen-Abtg. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Rechtsanwalt und Notar bietet an: **Bürogemeinschaft,** sp. auch Sozietät oder sonstige Gestaltungsmöglichkeit. Praxis in bester Verkehrslage; reichliche, eingerichtete Räume. Erwünscht auch Termins- und Urlaubsvertretung. Fernmündliche Vorbesprechung – 62 55 36 – erwünscht. Dr. Collberg, Berlin-Neukölln, Ganghoferstr. 1.

**Bürogemeinschaft** oder 2 bis 3 Räume in Untermiete bietet Berliner Landgerichtsanwalt und Notar einem jüng. Kammergerichtsanwalt. – Beste Verkehrslage, im alten Westen. Angeb. unter **A. 3309** an die Anzeigen-Abteil. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Rechtsanwalt und Notar bietet an: **Bürogemeinschaft,** sp. auch Sozietät oder sonstige Gestaltungsmöglichkeit. Praxis in bester Verkehrslage; reichliche, eingerichtete Räume. – Erwünscht auch Termins- und Urlaubsvertretung. Fernmündliche Vorbesprechung – Tel. 62 55 36 – erwünscht. Dr. Collberg, Berlin-Neukölln, Ganghoferstraße 1.

**Bürogemeinschaft** zu sehr günstigen Bedingungen in Berlin-Dorotheenstadt bietet sich Anwaltskollegen. Erwünscht Kriegsvertretung, auch im Notariat. Angebote unter **A. 3098** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Suche** dringend mindestens 2 leere Büroräume, Rechtsanwalt Dr. W. Liffers, Berlin-Halensee, Küstriner Straße 20, Fernruf: 97 72 83.

**Suche** dringend 3–4 Büroräume mit Fernsprecher, möbliert oder leer, Berliner Westen. Rechtsanwalt Heinz Kutzki, Berlin-Wilmersdorf, Gieselerstraße 14, Tel. 86 62 12.

Weltbekanntes Unternehmen in Mitteldeutschland **sucht** für Besprechungen u. Konferenzen in Berlin per sof. **2–3 abgeschl. Büroräume zu mieten,** zentralbeheizt. Evtl. Übernahme der Einrichtung. Offerten unter **HH. 162 b** an die Nordische Anzeigen-Gesellschaft, Hamburg 1.

Rechtsanwalt und Notar **wünscht Übernahme** einer gutgehenden Praxis in einer Stadt Mittel- oder Süddeutschlands. (Evtl. Tausch gegen eine gutgehende Land- und Amtsgerichtspraxis in Großstadt Norddeutschlands.) Angebote unter **A. 3299** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Nebenbeschäftigung.** Ass. oder Ref. als **Mitarbeiter** vorwieg. in Strafsachen von Berliner RA. und Notar 3–4 Stunden täglich **gesucht.** Keine Termine. Anpassung an Haupttätigkeit weitgehendst möglich. Angebote unter **A. 3310** an Anzeigen-Abt. Deutscher Rechtsverl., Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Angenehmes Wohnen** findet älterer alleinstehender, noch aktiver Beamter in absehbarer Zeit in schöner Villa eines obb. Kurorts, Nähe München. Angebote unter **A. 3297** an die Anzeigen-Abteilg. Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Kaufe** Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen Bd. 57–108. Rechtsanwalt Driver, Steuerberater, Leipzig C 1, Petersstraße 11.

Das Werk: **„Das Neue Deutsche Reichsrecht"** v. Pfundtner-Neubert, vollständig bis August 1942, sehr gut erhalten, **zu verkaufen.** Käthe Frenzel, Geithain, Friedrich-Bauer-Straße 1.

**CORPUS JURIS CIVILIS** in IV. Partes distinctum Eruditissimis Dionysii Gothofredi I. C. M. DC. L II an Liebhaber **verkäuflich.** Angebote unt. **Th. 15239** an **Ala, Berlin W 35,** erbeten.

**Reichsgesetzblätter,** Teil I, Jahrg. 1931 bis 1940, gut gebunden, tadellos erhalten **zu verkaufen.** Angebote unt. **A. 3307** an die Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverl., Berlin W 35, Lützowufer 18.

**Verkaufe** jahrgangsweise ungebunden: Jur. Wochenschrift bezw. Deutsches Recht 1930–1942, Deutsches Recht, alte Ausgabe (roter Umschlag), 1934–1939, gebunden RGBl. 1938, I., ab 1939 Einzelnummern. Angebote unter **A. 3304** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

*Ziffernummer auf dem Umschlag nicht vergessen!*